

CONSECUENCIAS EN MATERIA TRIBUTARIA DEL CAPÍTULO SOBRE INVERSIONES DEL TTIP (*)

Begoña Pérez Bernabeu

Profesora Titular de Universidad de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Alicante

RESUMEN

Tras la atribución en el año 2009 a la UE de la Política Comercial como una competencia exclusiva prevista en el artículo 207 TFUE, la UE inició una serie de negociaciones para la firma de una serie de Acuerdos de Libre Comercio (ALC) de nueva generación cuyo contenido va más allá de las reducciones arancelarias y del comercio de bienes incluyendo, entre otros contenidos, capítulos destinados a regular la protección de inversiones que, si bien no tienen por objeto regular la materia tributaria de manera directa, algunas de sus cláusulas tienen incidencia en materia tributaria.

En este contexto y dentro de esta categoría de ALC de nueva generación se sitúa la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) o Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones o, en inglés, *Transatlantic Trade Investment Partnership* (TTIP), cuyo contenido –que se está negociando en la actualidad entre la UE y EEUU– incluye un Capítulo dedicado a la protección de inversiones con innegables efectos en materia tributaria tanto para la UE como para los Estados miembros.

El presente trabajo analiza las consecuencias que se derivan tanto de las cláusulas sustantivas que prevén los distintos estándares de protección, como de las previsiones destinadas a regular el procedimiento de resolución de controversias Estado-Inversor previstos en el texto del borrador de la propuesta de la Comisión del Capítulo II sobre «Inversiones» del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» del TTIP, hecho público el 12 de noviembre de 2015.

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D (Convocatoria 2015) concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, bajo el título «La Seguridad Jurídica en el Ordenamiento Tributario», Referencia DER2015-68072-P (MINECO/FEDER), cuyos investigadores principales son el Profesor Jorge Martín López y la Profesora Begoña Pérez Bernabeu (Resolución de concesión de 6 de mayo de 2016).

Asimismo la autora pertenece al Grupo de Investigación que ha recibido las Ayudas para Grupos de Investigación de Excelencia del Programa PROMETEO 2016, «Los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y la seguridad jurídica en el ordenamiento europeo e internacional», (Resolución de concesión de 1 de septiembre de 2016, Expediente PROMETEO/2016/053), financiado por la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana, cuya investigadora principal es Amparo Navarro Faure (fecha inicio 1/1/2016, duración 4 años).

Palabras clave: Política Comercial, Protección de las inversiones, Derecho Internacional de Inversiones, Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones, *Transatlantic Trade Investment Partnership* (TTIP), Ayudas de Estado, Arbitraje, *Investor-State dispute settlement* (ISDS), Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) enfriamiento normativo, *Regulatory chill effect*/ Sistema de Corte Permanente, *Investment Court System* (ICS).

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Consideraciones previas. 1.2. Contenido de los APPRI con repercusión en materia tributaria. 2. EL CAPÍTULO SOBRE INVERSIONES DEL TTIP Y LA MATERIA TRIBUTARIA. 2.1. Cláusulas sustantivas. 2.2. La normativa sobre ayudas de Estado en la UE y el TTIP. 2.2.1. *Consideraciones previas*. 2.2.2. *El concepto de subvención de la OMC vs el concepto de ayuda de Estado en la UE en el Derecho internacional de inversiones*. 2.2.3. *La recuperación de ayudas de Estado en el TTIP*. 2.3. El arbitraje como método de resolución de controversias en el ámbito de la protección de inversiones extranjeras. 2.3.1. *El arbitraje en el ámbito convencional tributario*. 2.3.2. *El sistema de arbitraje inversor-Estado en los APPRI*. 2.3.3. *El método de resolución de controversias previsto en el TTIP*. 2.3.4. *CETA: un caballo de Troya a las puertas de Europa*. 2.3.5. *Reflexiones sobre la propuesta de la Comisión de crear un sistema de Corte permanente*.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Consideraciones previas

La Política Comercial es una competencia exclusiva de la Unión Europea (1) prevista en el artículo 207 TFUE (2). Así pues, tras el estancamiento de las negociaciones multilatera-

(1) Si bien en el seno de la UE se ha abierto un debate competencial entre la Comisión Europea que sostiene que su competencia exclusiva alcanza a todos los aspectos relativos al post-establecimiento de la inversión, incluidos la articulación de mecanismos de resolución de controversias entre el Estado de inversión y los inversores extranjeros; el Consejo de la UE que mantiene que los acuerdos sobre protección de inversiones exceden el ámbito de la competencia exclusiva de la UE y el Parlamento Europeo que igualmente considera que los acuerdos sobre protección de inversiones afectan a una amalgama de competencias exclusivas y compartidas, véase DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *La Ley Mercantil*, n° 19, noviembre, 2015, pág. 2.

(2) La entrada en vigor de Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 supuso una ampliación de las competencias exclusivas comunitarias pues, al incorporar una definición amplia de la política comercial, incluye los servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial y las inversiones extranjeras directas dentro del elenco de competencias exclusivas de la Unión junto a las competencias exclusivas que ya preveía el anterior artículo 133 TCE entre las que se contaba la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales (Acuerdos de Libre Comercio). Así pues, desde el Tratado de Lisboa, la competencia en inversión extranjera directa ha pasado a ser comunitaria, integrada en la Política Comercial Común, y la Comisión tiene la obligación de negociar también la protección de las inversiones extranjeras mediante la firma de nuevos Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) o Tratados Bilaterales de Inversión (*International Bilateral Treaties*, BITs), produciéndose, además, una sustitución progresiva de los APPRI de los Estados miembros con terceros Estados por acuerdos de protección de inversiones de la Unión Europea.

les de la Ronda de Doha (3) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UE se vio obligada a buscar vías alternativas para garantizar un mejor acceso a los mercados de terceros países. Con este fin se introdujo una nueva generación de Acuerdos de Libre Comercio (ALC) de alcance amplio que van más allá de las reducciones arancelarias y del comercio de bienes, cuestiones estas que tradicionalmente constituían el objeto de los Acuerdos de Libre Comercio o *Free Trade Agreement* (FTA) (4), incluyendo, entre otros contenidos, capítulos destinados a regular la protección de inversiones (5), contenido éste propio de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs).

El primero de dichos ALC de nueva generación se celebró con Corea del Sur y, tras su ratificación por el Parlamento Europeo, viene aplicándose de manera provisional desde el 1 de julio de 2011. Prueba de la continuidad de esta nueva política son el Acuerdo Comercial Multipartes entre la UE y Colombia y Perú, que se aplica provisionalmente desde 2013, el Acuerdo de Asociación con los países de América Central, cuyo pilar comercial se ha venido aplicando de forma provisional desde 2013, el Acuerdo con Canadá firmado el 26 de septiembre de 2014 –bajo la rúbrica de Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)– oficialmente firmado el pasado día 30 de octubre de 2016, y a la espera de su aprobación por el Parlamento Europeo y su eventual aplicación con carácter provisional, el ALC con Singapur firmado el 17 de octubre de 2014, el ALC con Vietnam, cuyas negociaciones culminaron el 4 de agosto de 2015 y el futuro ALC de la UE con Japón, cuyo inicio de negociaciones fue aprobado el pasado 29 de noviembre de 2015.

(3) La Ronda de Doha son las negociaciones comerciales más recientes (la anterior ronda de negociaciones comerciales fue la Ronda Uruguay, iniciada hace más de 15 años, siendo la más ambiciosa hasta la fecha, de hecho algunos de sus acuerdos todavía se están implementando) entre los miembros de la OMC y tiene como objetivo principal liberalizar el comercio mundial por medio de una gran negociación entre los 153 países miembros de la OMC, reduciendo los obstáculos al comercio mediante la revisión y actualización de las normas comerciales. En concreto se pretende que el sistema multilateral de comercio sea más abierto, especialmente en relación con las exportaciones de los países en desarrollo.

Estas negociaciones dieron comienzo en Doha (Qatar) en noviembre de 2001 con un programa de trabajo que abarca unas 20 esferas del comercio.

La Ronda de Doha se denomina también semioficialmente el «Programa de Doha para el Desarrollo», ya que uno de sus objetivos fundamentales es mejorar las perspectivas comerciales de los países en desarrollo.

Las negociaciones se estancaron en el año 2008, pero la Organización Mundial del Comercio (OMC) consiguió desbloquearlas –en diciembre de 2003– con el Acuerdo de Bali que permite avanzar en la liberalización del comercio internacional.

(4) Los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) o *Free Trade Agreement* (FTA) tradicionalmente se distinguen de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs) en que mientras que un ALC es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios, un ALC busca crear una zona de libre comercio entre los países que son parte del mismo, Los APPRIs son tratados internacionales bilaterales en materia de Inversión Extranjera Directa (IED) que, conforme a bases de reciprocidad, contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte.

(5) La paulatina inclusión en los Acuerdos de Libre Comercio de capítulos destinados a regular la protección de la inversión, ha llevado a algunos autores a predecir la gradual sustitución de los APPRIs o BITs por los ACL o FTAs. Para un estudio en profundidad de esta cuestión véase CHANG-FA LO, «A comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from policy perspective», *Asian Journal of WTO & International Health Law (AJWH)*, Vol. 3, 2008, págs. 147-170 y FONTANELLI, F.; BIANCO, G.: «Converging Towards NAFTA: an analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States», *Stanford Journal of International Law*, 50, 2014, págs. 211-246.

Además, la UE también ha iniciado negociaciones con miras a la celebración de ALC con Australia, Nueva Zelanda y Túnez, y se ha comprometido a abrir negociaciones con Filipinas e Indonesia. Las negociaciones con Malasia, Tailandia y la India se reanudarán tan pronto como las condiciones sean las adecuadas.

Asimismo, en ejercicio de su competencia exclusiva en la materia, la UE ha abierto negociaciones para la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) con China y Myanmar/Birmania, y buscará la apertura de negociaciones similares con Taiwán y Hong Kong, sopesándose, incluso, la apertura de negociaciones con Irán una vez que este último se haya adherido a la OMC (6).

Pero, sin duda, las negociaciones que más eco han tenido y, a la par, más recelos han despertado han sido las que se están actualmente desarrollando en relación con el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y EEUU, conocido como Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) o Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones o, en inglés, *Transatlantic Trade Investment Partnership* (TTIP), cuyo contenido y redacción final se está negociando (7) –en secreto (8)– en la actualidad, si bien los borradores de algunos capítulos se han hecho públicos.

(6) Fuente: Parlamento Europeo, Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, véase: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.2.1.html

(7) A la fecha de cierre de este trabajo, se ha celebrado en Nueva York del 3 al 7 de octubre de 2016, la 15ª Ronda de conversaciones del TTIP, que es –hasta la fecha– la última ronda celebrada, tras la cual la Comisión Europea publicó un comunicado resumiendo las principales cuestiones tratadas, dicho comunicado está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_155027.pdf

(8) En carta remitida por el Jefe de la delegación de la UE en el proceso negociador del TTIP, Ignacio García Bercero, aseguraba a su socio, Daniel Mullaney, jefe de la delegación de EEUU, que la Comisión Europea se comprometía a bloquear cualquier intento de acceso público a los documentos mismos y a cuantos recursos anexos participen del proceso (cartas, mails, mensajes, etc...) y que además esta información permanecería secreta durante los próximos 30 años, véase la carta enviada, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151621.pdf.

Desde noviembre de 2014 se permite a los eurodiputados el acceso a los documentos sobre la negociación del TTIP, si bien deben observar normas estrictas de confidencialidad que regulan el intercambio de informaciones, las cuales no les permiten revelar ningún detalle con respecto al contenido de los documentos disponibles en la sala de consulta. Los documentos que se ponen a disposición en la sala de lectura son los textos de negociación del TTIP clasificados como «Restringido a la UE» y procedentes de la Comisión Europea. Sobre las concretas condiciones en las que los eurodiputados pueden consultar estos textos, véase <http://www.elsalmoncontracorriente.es/?Las-condiciones-de-la-UE-para>

La Comisión ha hecho público que tiene la intención de crear una sala de lectura donde se consulten los textos consolidados en la capital de cada Estado miembro (sobre esta cuestión puede consultarse http://www.eldiario.es/economia/Bruselas-documentos-confidenciales-TTIP-seguridad_0_443405826.html)

En la actualidad hay diversos documentos que se han hecho públicos, no obstante, los llamados «textos consolidados sobre el TTIP», que incluyen propuestas de Estados Unidos y la UE para algunos capítulos del acuerdo, siguen siendo reservados.

El secretismo y opacidad en el que se están desarrollando las negociaciones del TTIP no son novedosas, porque, de hecho, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) se dio a conocer públicamente por primera vez el mismo día que se firmó. Si bien la Comisión Europea ha adoptado algunas medidas para incrementar la transparencia y el acceso a la información sobre las negociaciones en curso, véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de noviembre de 2014, relativa a la transparencia en el marco de las negociaciones de la ATCI (C(2014)9052), la Decisión de la Comisión, de 25 de noviembre de 2014, relativa a la publicación de información acerca de las reuniones celebradas entre miembros de la Comisión y organizaciones o personas que trabajan por cuenta propia (C(2014) 9051) y la Decisión relativa a la publicación de información acerca de las reuniones celebradas entre miembros de la Comisión y organizaciones o personas que trabajan por cuenta propia (C(2014) 9048).

El TTIP es un Acuerdo de Libre Comercio de nueva generación, no obstante, siguiendo la reciente tendencia consistente en ampliar el objeto de estos instrumentos jurídicos internacionales, incluye un Capítulo dedicado a la protección de inversiones. El TTIP dedica su Capítulo II «Investment», incluido en el Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce», de su Parte 3, a la protección de la inversión y su contenido es similar al de los APPRI, por este motivo tomaremos como punto de partida de nuestro análisis estos instrumentos para pasar, posteriormente a reflexionar sobre los efectos que este Capítulo del TTIP (en su versión de borrador de la propuesta de la Comisión) despliega en materia tributaria.

No obstante, resulta necesario aclarar que, a pesar de que en este trabajo, ceñiremos nuestro estudio a analizar las consecuencias en materia tributaria derivadas del capítulo de inversiones del TTIP, éste no es la única parte del TTIP con consecuencias en materia tributaria, pues el Capítulo dedicado a la tributación («Taxation»), incluido en la parte general/horizontal del TTIP, así como los aspectos relacionados con la concesión de subvenciones y ayudas, incluidas en la *Policy competition*, tienen indudables efectos en materia tributaria, no obstante, hasta el momento de finalización de este trabajo (9), todavía no se ha hecho público el contenido del borrador de estas otras partes del TTIP relativas a tributación (*Taxation*) y política de competencia (*Policy competition*) (10), por lo que desconocemos su contenido.

Si bien en cierto modo es posible predecir la eventual redacción del TTIP en estas materias basándonos, respectivamente en las referencias del CETA a la tributación (*Taxation*) y en el Capítulo 19 «Competition Policy» del CETA (11), si consideramos a éste como anticipo y ejemplo del TTIP, no es menos cierto que no podemos aventurarnos a hacer una predicción de la exacta redacción final de estos Capítulos del TTIP o incluso de su borrador, dado que los agentes y las presiones negociadoras son distintos y, por ende, la redacción puede variar sustancialmente. Por este motivo, preferimos centrar nuestro análisis en el capítulo dedicado a las inversiones, por ser el único capítulo de cuyo texto conocemos el borrador.

1.2. Contenido de los APPRI con repercusión en materia tributaria

Los APPRI son Tratados bilaterales entre dos Estados cuyo objetivo es la promoción de las inversiones de los nacionales de cada Estado en el territorio de la otra parte mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir la realización de la inversión, sino también la de asegurarles un determinado estándar de protección que se recoge en las cláusulas sustantivas del Acuerdo.

Un APPRI no regula la materia tributaria de manera directa, pero algunas de sus cláusulas sustantivas tienen incidencia en materia tributaria (si bien es habitual excluir total o parcialmente los aspectos tributarios del ámbito de aplicación del Acuerdo), como claramente se aprecia en:

(9) Octubre de 2016.

(10) Salvo la referencia a las reglas sobre Ayudas de Estado que se recogen en los apartados 3 y 4 del artículo 2, de la Sección 2, del borrador del Capítulo II, de la Parte 3 del TTIP, a las que haremos referencia más adelante en este trabajo.

(11) CETA Taxation Chapter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

1) *Cláusula de trato justo y equitativo*

Se trata de una cláusula de tratamiento de carácter absoluto (12), en virtud de la cual, el Estado anfitrión de la inversión se obliga con el otro Estado firmante del Acuerdo (Estado huésped) a dispensar a los inversores de ese otro Estado un tratamiento justo y equitativo en sus inversiones directas. El trato justo y equitativo no tiene un contenido unívoco, por lo que resulta necesaria su determinación en aras de la consecución de un grado satisfactorio de seguridad jurídica tanto para inversores como para Estados miembros. No obstante esta labor hermenéutica no se encuentra exenta de dificultades, existiendo un elevado número de propuestas doctrinales al objeto de determinar su contenido. Desde nuestro punto de vista, hemos considerado aconsejable (13) aceptar como elementos integrantes de este estándar de trato el contenido propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (14) que consta de los siguientes cuatro elementos:

- a) Obligación de vigilancia y protección.
- b) Observancia del debido proceso e interdicción de la denegación de justicia y de la arbitrariedad.
- c) Transparencia y respeto a las legítimas expectativas del inversor.
- d) Elementos autónomos de equidad.

2) *Cláusula de protección frente a la expropiación: la expropiación indirecta*

Para el Derecho Internacional, la expropiación no es *per se* ilegal, ya que se encuentra ampliamente admitido que el Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes a los particulares, sean estos nacionales o extranjeros, siempre que se cumplan los siguientes requisitos (15): que sea por causa de interés público, que sea realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y debido proceso y debe mediar una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva.

La expropiación indirecta constituye un concepto autónomo a la expropiación difícil de precisar, puesto que se trata de una medida de resultado, si bien la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (16) ha venido a clarificar que la expropiación indirecta se caracteriza por los siguientes elementos acumulativos:

(12) Es decir, concede un tratamiento específico a los inversores sin necesidad de comparar dicho trato con el otorgado a otros inversores.

(13) Como sugieren los autores PRIETO MUÑOZ, G.: *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*, Corporación Editorial Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, pág. 49 y siguientes y VANDERBRUGGEN, E.: «Investment arbitration in tax matters: some thoughts on selected international Case Law», Conferencia presentada en el 25 th Annual Conference of the Australian Tax Teachers Association, University of Auckland Business School, 25 de enero de 2013, págs. 12 ss, disponible en:

<https://www.nzica.com/~media/NZICA/Docs/Resources%20and%20publications/2013%20Tax%20Conference/TC13%20E%20Vanderbruggen%20paper.ashx>

(14) OECD: *Working Papers on International Investment, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, Paris, September 2004, pág. 26.

(15) GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: «Medidas equivalentes a expropiación en arbitraje de inversión», *Revista Internacional de Arbitraje*, n° 4, 2006, págs. 1-2.

(16) UNCTAD: *Expropriation: a sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, (UNCTAD/DIAE/IA/2011/7), 29 de noviembre de 2011, pág. 12.

1. Es un acto atribuible al Estado.
2. Constituye una interferencia con los derechos de propiedad.
3. Supone tal grado de interferencia que los derechos o intereses pierden todo o casi todo el valor para el propietario, o el propietario es privado del control sobre la inversión.
4. El propietario retiene el título legal de propiedad.

El rasgo distintivo de la expropiación indirecta es la permanencia de la propiedad de la inversión en manos de su propietario original, pues, a diferencia de la expropiación directa en donde se produce la transferencia del derecho de propiedad, en la expropiación indirecta no se produce la transferencia del derecho de dominio del inversor, sino que la medida tiene el mismo efecto que la expropiación directa, sin que el título de propiedad cambie.

Además, en la expropiación indirecta surge la obligación para el Estado anfitrión de compensar al inversor extranjero, pero, a diferencia de lo que ocurre con la directa, el Estado normalmente se niega a reconocer la naturaleza de la medida expropiatoria, por lo que se niega a ofrecer una compensación a los inversores perjudicados, siendo necesario acudir a un tribunal arbitral para que este determine, caso por caso, si la medida constituye una expropiación indirecta y, por tanto, procede una compensación (17).

Dada la indeterminación que presenta el concepto de la expropiación indirecta, la determinación de su existencia en cada caso concreto es compleja, existiendo en la práctica de los tribunales arbitrales dos teorías que son seguidas por estos al objeto de determinar la existencia de expropiación indebida en el caso en concreto: la doctrina *sole effects* (18) y la doctrina de los poderes de policía del Estado (19), proveniente del Derecho consuetudinario internacional.

Resulta ineludible plantearse la posible aplicación de la doctrina de los poderes de policía del Estado a las medidas tributarias que puedan reputarse constitutivas de expropiación indirecta adoptadas por el Estado anfitrión, habida cuenta de que el interés público está siempre presente en la materia tributaria, puesto que el objetivo principal de los tributos es obtener los fondos necesarios para satisfacer las necesidades públicas.

En este contexto se enfrentan dos puntos de vista, pues si bien un impuesto constituye una detración coactiva exigida por el Estado sobre la base de la capacidad económica del contribuyente que excluye cualquier posible indemnización, no es menos cierto que una tributación excesiva y desproporcionada en relación con la capacidad económica del contribuyente puede tener un efecto práctico que puede ser calificado como expropiación indebida.

(17) ROJAS YEROVI, F. A.: *La figura de la medida tributaria expropiatoria en el marco de los Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, pág. 78.

(18) Seguida en *Biloune and Marine Drive Complex Ltd vs. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, laudo de 27 de octubre de 1989, apartado 183; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) vs. República árabe de Egipto*, laudo de 20 de mayo de 1992; *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton vs TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, N° 141-7-2, laudo de 29 de junio de 1984; *Phelps Dodge Corp. Et al. Vs. República islámica de Irán*, N° 217-99-2, laudo de 19 de marzo de 1986; *Metalclad Corp. Vs. United Mexican States*, laudo de 30 de agosto de 2000 y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi universal vs. República Argentina (Vivendi II)*, laudo de 20 de agosto de 2007, citados todos ellos por KRIEBAUM, U.: «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, October 2007, n° 5, pág. 724.

(19) *Methanex Corp. vs. USA*, laudo de 3 agosto 2005 y *Saluka Investment B.V. vs. República Checa*, laudo de 17 de marzo de 2006.

Siguiendo los postulados de la OCDE (20), para que una medida tributaria exceda de los límites del ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado y se considere una medida generadora de responsabilidad del Estado que debe ser reparada mediante la oportuna compensación se exige que dicha medida prive, de manera permanente, de valor la inversión de manera total o sustancial, que tenga un efecto negativo en el funcionamiento de la empresa inversora, si bien no es indispensable que el inversor afectado deje de operar en dicho Estado.

3) *Cláusula de libertad de transferencia de capitales.*

Esta cláusula asegura la posibilidad de realizar tanto movimientos de capitales de entrada, como de salida (si bien hay Acuerdos que sólo se refieren a la salida de capitales). Para acogerse a la protección que confiere esta cláusula se exige que el capital que se desea expatriar o introducir en el Estado anfitrión esté directamente relacionado con la inversión que el inversor extranjero ha llevado a cabo en el Estado anfitrión y que los capitales revistan una de las formas expresadas en el Acuerdo.

De la obligación de permitir estos movimientos de capitales, se deriva una limitación de la soberanía del Estado, quien ya no puede aplicar controles de cambios a las operaciones de transferencia de las rentas de inversión más allá de las obligaciones impuestas por los Estatutos del Fondo Monetario Internacional (21), que se centran en mayor medida en operaciones relativas a la balanza por cuenta corriente (22).

En un principio, la cláusula relativa a la transferencia de capitales no tiene una conexión directa con la materia tributaria, sino que su conexión es más bien indirecta, puesto que en situaciones de salida de capitales, la tributación (permitida por esta cláusula) puede ser utilizada por el Estado anfitrión como una «medida de efecto equivalente» (23) a una restricción a la salida de capitales (prohibidas por esta cláusula).

Además de estas tres cláusulas que hemos citado, también pueden tener incidencia en materia tributaria las siguientes cláusulas:

1. Cláusula de estabilización
2. Cláusula de trato nacional
3. Cláusula de nación más favorecida

(20) OECD Working Papers on International Investment 2004/04, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, OECD Publishing, September 2004.

(21) Véase art. XIV de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional cuya primera redacción fue aprobada en Bretton Woods el 22 de julio de 1922 y MANN, F. A.: *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1992, págs. 526-529.

(22) ILLESCAS FERNÁNDEZ-BERMEJO, F. J.: «Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n° 5, 2003, pág. 90.

(23) WÄLDE y KOLO apuntan que no sólo las medidas tributarias pueden constituir medidas de efecto equivalente, sino que también pueden tener esta consideración ciertas trabas administrativas ofrecidas por el Estado anfitrión, como por ejemplo la cumplimentación de formularios que no están disponibles, la obstaculización mediante la inexistencia o insuficiente de la cantidad de divisas necesaria para la expatriación,... véase WÄLDE, T.; KOLO, A.: «Coverage of taxation under modern investment treaties» en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski, P.; Ortino, F. and Schreuer, C. (Edit), Oxford University Press, Oxford, 2008, pág. 334.

En cualquier caso, el contenido de las cláusulas sustantivas, por muy amplio que sea, no constituye garantía suficiente para el inversor, salvo que éste cuente con un mecanismo de solución de controversias que le permita dirigirse directamente contra el Estado anfitrión de la inversión cuando considere que éste último ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo, lo que generalmente se traduce en un mecanismo arbitral, piedra angular del régimen de protección que ofrecen los APPRI.

2. EL CAPÍTULO SOBRE INVERSIONES DEL TTIP Y LA MATERIA TRIBUTARIA

2.1. Cláusulas Sustantivas

El texto del borrador de propuesta de la Comisión del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» del TTIP, hecho público el 12 de noviembre de 2015, no prevé ninguna excepción general a la aplicación de la protección a la inversión dispensada por el clausulado de la Sección 2 del citado Capítulo II del Título del TTIP relativo a la «Investment Protection» a la materia tributaria, si bien en nota aclaratoria recogida en dicho borrador, se prevé que las excepciones se recogerán en la parte horizontal o general (no hecha pública todavía) del Acuerdo y serán aplicables a todas las partes del mismo. En materia tributaria, se espera que la futura propuesta de la Comisión de la Parte General contenga una previsión especial, aunque se desconoce si la misma consistirá en una excepción general o bien en una previsión específica que limite algún aspecto concreto, como el acceso al arbitraje, por ejemplo.

El contenido de esta Sección 2 del Capítulo II del Título del TTIP relativo a la «Investment Protection» recoge las siguientes cláusulas con implicaciones en la esfera tributaria:

1. Cláusula de trato justo y equitativo (artículo 3)
2. Cláusula de protección frente a la expropiación indirecta (artículo 5 y Anexo I)
3. Cláusula de libertad de transferencia de capitales (artículo 6).

La cláusula de trato justo y equitativo, cuyo contenido incluye el respeto a las expectativas legítimas de los inversores, limita la soberanía fiscal de los Estados miembros, de la misma manera que lo hacen cuando son recogidas en un APPRI, pues un cambio drástico de la normativa tributaria en el Estado anfitrión podría minar las legítimas expectativas que el inversor extranjero había depositado en la estabilidad del régimen fiscal aplicable. Si bien es cierto que el texto del borrador del TTIP, a diferencia de los antiguos Tratados en materia de inversiones —que contenían una escueta redacción de esta cláusula—, acota y limita el estándar de protección conferido en virtud de una detallada cláusula de trato justo y equitativo limitando el ámbito de aplicación de dicha cláusula, concediendo un mayor grado de seguridad jurídica y reduciendo el grado de litigiosidad que pudiera derivarse de esta previsión. Además, y en relación con la obligación de vigilancia y protección incluida en el contenido de la cláusula de trato justo y equitativo, el texto del borrador del TTIP limita el estándar de protección a la seguridad física de la inversión.

Asimismo, la cláusula de expropiación indirecta, tal y como queda recogida en el borrador del Capítulo II del Título sobre «Trade in services investment and e-commerce» del TTIP, queda limitada únicamente a medidas discriminatorias restringiendo, con esta precisión, el ámbito de aplicación de la misma.

No puede pasarse por alto, como apunta la Comisión Europea (24), que el principio de no discriminación es un pilar basilar del proceso de construcción de la UE y, aunque del artículo 345 del TFUE se desprende que el Tratado no interfiere en modo alguno en el derecho de un Estado miembro a decidir si un activo determinado debe ser propiedad pública o privada, la jurisprudencia del TJUE (25) interpreta que las medidas de expropiación no pueden sustraerse en virtud de esta disposición, al cumplimiento de las normas fundamentales del Tratado, que incluyen la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Por consiguiente, las medidas de expropiación en la UE han de ser no discriminatorias (26) y proporcionadas al objetivo legítimo que pretenden alcanzar (por ejemplo, mediante la concesión de una indemnización adecuada) tal y como el apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el propio Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio mantienen (27).

Además, el juego conjunto tanto de la cláusula de trato justo y equitativo, como de la cláusula de protección frente a la expropiación indirecta supone un importante límite al poder tributario de los Estados en la eliminación de regímenes preferenciales incluidos los *tax ruling*, ya que esta eliminación del régimen fiscal preferencial podría ser considerado contraria a la cláusula de trato justo y equitativo o una expropiación indirecta. En última instancia, la dificultad para eliminar estos regímenes preferenciales podría llevar a un «efecto congelación» que vendría a establecer limitaciones para desarrollar la necesaria lucha contra el fraude fiscal.

Como quiera que la política comercial y de inversión de la Unión debe ajustarse al modo en que la UE y sus Estados miembros regulan la actividad económica dentro de la Unión y a través de sus fronteras, las previsiones sobre repatriación de beneficios derivados de la inversión en un Estado miembro de la UE deben ser coherentes con el capítulo del TFUE sobre capital y pagos (artículos 63 a 66 TFUE), en el que se establece que, en principio, quedan prohibidas todas las restricciones de pagos y los movimientos de capitales, incluidos los relacionados con inversiones directas y de cartera, tanto entre Estados miembros como entre Estados miembros y terceros países (28).

La principal conclusión que debemos extraer de lo hasta aquí expuesto es que, en lo que a medidas tributarias se refiere, las previsiones sobre protección de inversiones del TTIP limitan la soberanía fiscal de todos los Estados miembros para realizar cambios normativos, pues no puede obviarse que los inversores llevan a cabo su inversión en la expectativa de un retorno que se calcula teniendo en cuenta una determinada duración del proyecto en un marco normativo concreto. Si bien no puede pasarse por alto que el texto del borrador prevé expresamente el derecho a legislar (29) como principio básico para la

(24) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», Bruselas, 7 de julio de 2010, COMO (2010) 343 final, pág. 9.

(25) Sentencias del TJUE de 23 de febrero de 2003, *Ospelt*, Asunto C-452/01, apartado 24; de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97, apartado 38 y de 6 de noviembre de 1984, *Fearon*, C-182/83, apartado 7.

(26) Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 1984, *Fearon*, C-182/83, apartado 7.

(27) Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio Sentencia de 26 de junio de 2007, Asunto E-2/06, Órgano de Vigilancia de la AELC/Noruega, apartado 79.

(28) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», Bruselas, 7 de julio de 2010, COMO (2010)343 final, págs. 8-10.

(29) Artículo 2 de la Sección II del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

persecución de objetivos de política pública y aclara que los estándares de protección no podrán ser interpretados a modo de cláusula de estabilización, es decir, como un compromiso de los Estados de conservación de un determinado marco normativo.

Por ello y ante la subsistente vaguedad de los términos empleados en la descripción del estándar de protección conferido por las cláusulas sustantivas de protección de la inversión (a pesar de los esfuerzos del TTIP por acotar y limitar los estándares de protección conferidos) y el amplio margen de interpretación del que disfrutarían los intérpretes y aplicadores del TTIP (ya sean finalmente árbitros o jueces calificados, como se comentará seguidamente) no consideramos que la conflictividad derivada de esta cláusula vaya a ser reducida hasta un punto tal que desaparezca, sino que persistirá en mayor o menor medida.

Consecuentemente, concluimos que las limitaciones derivadas del capítulo de inversiones del TTIP en materia tributaria son de la misma condición que las consecuencias que se derivan de los APPRIs, si bien no de la misma intensidad, pues estos efectos se ven magnificados al producirse a escala europea —a diferencia del carácter bilateral de los APPRIs—, afectando a 28 Estados y a la propia UE y limitando no sólo a los poderes tributarios de los 28 Estados miembros, sino también al poder tributario que ostentan las instituciones de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, opinamos que las limitaciones en materia tributaria derivadas del capítulo de inversiones del TTIP deben ser valoradas a la luz de su naturaleza y entidad en el conjunto del TTIP para obtener un juicio global crítico sobre la pertinencia y asunción de las mismas.

2.2. La normativa sobre ayudas de Estado de la UE y el TTIP

2.2.1. Consideraciones previas

Como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente en este trabajo, el —todavía reservado— Capítulo dedicado a la «Policy competition» del TTIP desplegará innegables efectos en materia tributaria por lo que a las reglas sobre ayudas de Estado se refiere y ello debido a que, como ya apuntara el TJUE en su más temprana jurisprudencia (30), el concepto de ayuda de Estado es más general que el de subvención, ya que no sólo comprende las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa, admitiendo posteriormente en numerosos pronunciamientos (31) la condición de ayudas de Estado de las medidas fiscales adoptadas por los Estados miembros.

A pesar de la falta de publicidad de este Capítulo, podemos emitir un juicio de valor acerca de la relación que el TTIP guardaría con la normativa europea de ayudas de Es-

(30) Sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridad*, Asunto 30/59, apartado 43.

(31) Véanse, entre otras, las Sentencias del TJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España* Asunto C-387/92, apartado 13; de 29 de junio de 1999, *DM Transport*, Asunto C-256/97, apartado 19, y de 12 de diciembre de 2002, *Bélgica contra Comisión*, Asunto C-5/01, apartado 32; de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy y otros contra Comisión*, asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, apartados 28 y 29, y de 20 de noviembre de 2003, *GEMO*, Asunto C-126/01, apartado 29; de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, Asunto C-200/97, apartado 34, y de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Asunto C-143/99, apartado 38.

tado, sobre la base de una referencia a las reglas sobre Ayudas de Estado recogida en los apartados 3 y 4 del artículo 2, de la Sección 2, del borrador del Capítulo II, de la Parte 3 del TTIP.

2.2.2. *El concepto de subvención de la OMC vs el concepto de ayuda de Estado de la UE en el Derecho internacional de inversiones*

En el Derecho internacional sobre inversiones no es posible encontrar regulación alguna sobre subvenciones (*subsidies*) y sobre incentivos a la inversión, sino simplemente, algunas referencias parciales, por lo que el tratamiento concedido a las subvenciones a la inversión y a los incentivos a la inversión en este sector del Derecho, carece de consistencia y de un grado de desarrollo satisfactorio (32).

En este contexto, constatamos que la gran mayoría de los Acuerdos de inversión ni siquiera hacen referencia a la cuestión en su clausulado, dejando sin resolver la incógnita de si la concesión de una subvención constituiría una afrenta al estándar de Trato Nacional o al de Nación más favorecida. No obstante, un menor número de Acuerdos –especialmente aquellos cuyo capítulo de inversiones se incluye en un Acuerdo Comercial Preferencial– sí hacen referencia a las subvenciones, pero las mencionan para exceptuarlas expresamente de su ámbito objetivo de aplicación, como sucede, por ejemplo con el Acuerdo NAFTA en su artículo 1108.7(b), el Modelo de Acuerdo Bilateral de Inversiones de Canadá en su artículo 9.5.b o el artículo 14.5 (b) del Modelo de Acuerdo bilateral de Inversiones de EEUU, tanto en su versión de 2004, como en la más reciente de 2012.

Además, un gran número de Acuerdos bilaterales de Inversión regulan exclusivamente las fases posteriores a la realización de la inversión (33), cuando el inversor extranjero ya se ha establecido en el país anfitrión, por lo que no son un instrumento adecuado para solucionar los conflictos que puedan surgir en relación con las subvenciones como incentivo discriminatorio *ex ante* a la inversión extranjera.

A la luz de la probada incapacidad del Derecho Internacional de Inversiones para ofrecer un marco normativo apropiado para las subvenciones e incentivos a la inversión extranjera, esta responsabilidad ha recaído principalmente en la Organización Mundial del Comercio (OMC) –cuya labor no se relaciona directamente con el fomento y protección de inversiones, objetivo propio del Derecho Internacional de inversiones, sino en vigilar y proteger el libre intercambio entre Estados– la cual ha elaborado una definición de subvención contenida en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement*). Este instrumento normativo recoge una definición general sobre «subvención a la exportación» también denominado «subsidio a la exportación» (en adelante, subvención) en su artículo 1.1(a)(1) redactada en términos tan amplios que dentro de este concepto tienen cabida tanto los incentivos a la inversión, como las subvenciones concedidas

(32) BROUDE, T.: «Investment and Trade: the Lottie and Lisa of International Economic Law?», *Prospects in International Investment Law Policy: World Trade Forum*, Echandi, R., Sauvé P. (Dir), Cambridge University Press, 2013, pág. 152.

(33) Es posible distinguir, a grandes rasgos, dos modelos de APPRI, el Modelo de EEUU (en su última versión de 2012) o también llamado Modelo Americano, por un lado y el denominado Modelo Europeo que es el Modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la OCDE, a sus Estados miembros (mayoritariamente utilizado por los países europeos). La principal diferencia es que en el modelo europeo, las cláusulas de tratamiento sólo se aplican a una inversión después de su establecimiento; mientras que en el modelo norteamericano, el trato se aplica a la inversión y a la fase de pre-establecimiento.

a la inversión, por lo que ha sido tomada como referencia por el Derecho internacional de inversiones.

A nivel europeo, tanto la Unión Europea como los distintos Estados miembros de la Unión son miembros de la OMC por lo que ratifican sus tratados y acuerdos, y en virtud del apartado 7 del artículo 300 TCE todos los acuerdos alcanzados en el seno de la OMC son vinculantes tanto para las instituciones comunitarias, como para los Estados miembros, produciéndose un supuesto de responsabilidad internacional para la UE o para el Estado miembro que infrinja el contenido de los mismos.

No obstante, junto a este concepto de subvención extendido a nivel internacional, convive en el ámbito europeo un concepto similar, pero no totalmente coincidente, como es el concepto de ayuda de Estado (34) previsto en la normativa europea que vincula únicamente a instituciones y a los Estados miembros de la UE. De esta manera, tanto las instituciones comunitarias, como los Estados miembros están doblemente limitados, pues antes de conceder cualquier medida de ayuda o incentivadora deben cerciorarse que dicha medida no tenga cabida dentro del concepto de subvención de la OMC ni del concepto de ayuda de Estado de la UE.

Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, ambos conceptos no son totalmente coincidentes, de manera que pueden producirse situaciones problemáticas en las que una medida puede ser permitida por una normativa y prohibida por otra. Esta situación puede darse en aquellos casos en los que la ayuda o subsidio no implica la utilización de fondos estatales del Estado miembro en cuestión, como sucede en los casos en los que la ayuda se concede por encomienda u orden del Estado. En este caso, la medida podría no caer dentro del concepto de ayuda de Estado previsto en la normativa comunitaria, pero sí estar prohibido por el Acuerdo SCM. Igualmente puede darse esta situación en relación a los distintos supuestos de ayudas autorizados al amparo de lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 107 TFUE, en sus letras a), b) y c) para los casos de ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones, ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, respectivamente (35).

Estas zonas de conflicto entre el concepto de subvención de la OMC y el de ayuda de Estado de la UE pueden generar que el receptor de una medida de ayuda que ha sido declarada compatible con la normativa europea sobre ayudas de Estado, tenga una «falsa sensación de seguridad» (36), al pensar que la normativa de la OMC no le será de aplicación o, en caso de serlo, declarará igualmente la compatibilidad, cosa que no debe darse por hecho.

La existencia de estas zonas de fricción podría ilustrarse con el contencioso que la OMC inició contra la UE en relación con el caso Airbus (37) por la concesión de unas

(34) Sobre el concepto de ayuda de Estado véase PÉREZ BERNABEU, B., en *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria. Concepto y tratamiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

(35) Supuestos apuntados por EHLMANN, C. D. y GOYETTE, M.: «The interface between EU State aid control and the WTO disciplines on subsidies», *European State Aid Law Quarterly (ESAL)*, n° 4, 2006, pág. 714.

(36) LUJA, R.: *Assessment and Recovery of Tax incentives in the EC and the WTO. A view on State aids, Trade subsidies and Direct Taxation*, Intersentia, Cambridge, 2003, pág. 191.

(37) Desde octubre de 2004, la UE y EEUU vienen denunciado ante la OMC el apoyo de sus administraciones respectivas a sus industrias aerospaciales. Ambas denuncias ante la OMC están relacionadas con supuestas ayudas ilegales con arreglo a la OMC a Airbus y Boeing, respectivamente, a lo largo de un periodo de entre veinte y treinta años.

ayudas que contaban con el visto bueno de las instituciones comunitarias en cuanto a la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado se refiere que, en un primer momento, se consideraron subvenciones a la exportación por la OMC, si bien posteriormente los principales argumentos expuestos por la Comisión en su recurso, fueron aceptados y las ayudas se consideraron lícitas por la OMC.

En este contexto, la Comisión Europea, consciente de la falta de coincidencia total entre ambos conceptos y al objeto de evitar los eventuales contenciosos que pueden surgir ha introducido una aclaración en el borrador de su propuesta para las negociaciones del TTIP. Esta aclaración, introducida mediante una nota a pie de página al apartado 4 del artículo 2 de la Sección 2 «Investment Protection» del texto propuesto por la Comisión para las negociaciones del Capítulo II «Trade in services, investment and e-commerce», indica que a efectos del TTIP y para el caso de la UE, el término *subsidy* incluye el concepto de ayuda de Estado tal y como es definida en la normativa de la Unión (38).

La aclaración hace referencia únicamente al caso de la UE, dado que EEUU no prevé en su normativa doméstica limitaciones a la concesión de beneficios estatales a las sociedades por lo que no pueden presentarse los problemas de encaje de conceptos que sí se presentan en el ámbito europeo.

Resulta reseñable que esta previsión viene a completar la excepción introducida por la Comisión en materia de ayudas de Estado, sin la cual la excepción propuesta quedaría vacía de contenido y no serviría al objetivo de la Comisión que no es otro que blindarse frente a eventuales reclamaciones derivadas de las decisiones sobre ayudas de Estado, tal y como analizaremos en el siguiente epígrafe de este trabajo.

2.2.3. La recuperación de ayudas de Estado en el TTIP

Como es ampliamente conocido, en el supuesto en el que la Comisión Europea, tras el oportuno procedimiento de control, emita una decisión negativa (que declara que una de-

Antes de que se presentaran estas denuncias ante la OMC, el apoyo de las administraciones de EEUU y de la UE a sus constructores aeronáuticos había sido regulado por el denominado Acuerdo bilateral UE-EEUU sobre el comercio de grandes aeronaves civiles. Dicho Acuerdo, celebrado en 1992, permitía a ambas partes prestar cierto nivel de ayuda a sus respectivas industrias aeronáuticas. En el caso de la UE, el acuerdo permitía conceder a Airbus la denominada «inversión inicial reembolsable», esto es, préstamos reembolsados con intereses en las condiciones establecidas en el Acuerdo. En el caso de EEUU., permitía a la administración financiar un determinado nivel de ayuda a la investigación y al desarrollo destinada al constructor aeroespacial estadounidense Boeing. Para controlar el cumplimiento de los términos del Acuerdo bilateral, se celebraban reuniones anuales y se intercambiaba información periódicamente.

El 6 de octubre de 2004, EEUU anunció unilateralmente y de manera bastante inesperada su retirada del Acuerdo de 1992 y denunció inmediatamente ante la OMC todas las ayudas concedidas por la UE a Airbus, a pesar de que las había admitido previamente.

A la UE, por su parte, no le quedó prácticamente más remedio que contestar inmediatamente denunciando a su vez ante la OMC el apoyo que la administración de EEUU prestaba a su industria aeroespacial (a saber, Boeing) a través de las autoridades federales, estatales y locales, incluidas las ventajas concedidas a Boeing en el marco del denominado sistema estadounidense para empresas de ventas en el extranjero, que el Gobierno de EEUU siguió aplicando a dicho constructor a pesar de que tales subvenciones fueron declaradas reiteradamente contrarias a las normas de la OMC (Nota de Prensa de la Comisión Europea de 18 de mayo de 2011, IP/11/584).

(38) *In the case of the EU, «subsidy» includes «state aid» as defined in the EU law.*

terminada medida adoptada por un Estado es incompatible con el mercado común y constitutiva, por tanto, de ayuda de Estado), nace para el Estado miembro afectado la obligación de cesar en la concesión de esa ayuda y de recuperar la ayuda controvertida (39).

El apartado 4 (40) del artículo 2, de la Sección 2, del Capítulo II, de la Parte 3 del TTIP, previsto en el borrador de propuesta de la Comisión, presenta un gran interés en relación con la obligación de recuperación de la medida declarada ayuda de Estado ilegal e incompatible con el mercado común, pues, según esta previsión, el inversor de EEUU no estará legitimado para presentar una demanda contra ningún Estado miembro de la UE, ni contra la propia UE si una ventaja otorgada por el Estado anfitrión al inversor extranjero es eliminada y/o recuperada por la Comisión Europea, un tribunal o un Estado miembro (41), debido a su consideración como ayuda de Estado.

Dado que un Tribunal arbitral podría llegar a cuestionar medidas legislativas de la UE que impliquen opciones de política económica (42), la inclusión de este apartado 4 del artículo 2 trae causa de la jurisprudencia del TJUE en la que sienta que la UE sólo incurre en responsabilidad por un acto normativo que suponga una elección tal si se ha producido una violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares. Consecuencia de esta doctrina del TJUE el Parlamento Europeo ha señalado que los acuerdos de inversión que concluya la Unión «deben respetar estas salvaguardas de los poderes legislativos de la Unión y no establecer normas de responsabilidad más estrictas que permitan la elusión de las normas definidas por el Tribunal de Justicia» (43).

Llama la atención, en primer lugar, el hecho de que la propuesta de la Comisión sobre el Capítulo II «Investment» contenga una excepción (o *carve out*, siguiendo la terminología de los Acuerdos de Inversión) en materia de recuperación de ayudas de Estado de tan amplia redacción, lo que evidencia una preocupación de la Comisión, consciente de los conflictos que pueden surgir entre la recuperación de una medida que constituye ayuda de Estado y la protección a los inversores conferidas por los Acuerdos de Inversión, en este caso, por el TTIP, de los que el caso *Micula* (44) no es sino la punta del *iceberg*.

(39) Como el propio TJUE ha sentado, el principal objetivo del reembolso es eliminar la distorsión de la competencia provocada por la ventaja competitiva procurada por la ayuda ilegal (Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2002, Italia contra Comisión, Asunto C-310/99, apartado 99) y, además, dicha recuperación no puede considerarse como constitutiva de una sanción prevista por el Derecho comunitario, aun cuando se ejecute mucho tiempo después de la concesión de las ayudas de que se trate (Sentencias del TGUE de 29 de septiembre de 2000, CETM contra Comisión, Asunto T-55/99, apartado 164 y de 10 de abril de 2003, Département du Loiret contra Comisión, Asunto T-369/00, apartado 57).

(40) «For greater certainty, nothing in this Section shall be construed as preventing Party from discontinuing the granting of a subsidy and/or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefor, where such action has been ordered by one of its competent authorities listed in Annex III».

(41) El Anexo III prevé que «In the case of the EU, the competent authorities entitled to order the actions mentioned in article 2 paragraph 4 are the European Commission or a court or tribunal of a Member State when applying EU law on state aid».

(42) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *op. cit.*, pág. 4.

(43) Parlamento Europeo, Reunión del Pleno, sesión de 23 de mayo de 2013 en el procedimiento legislativo 2012/0163(COD) en el que se aprobaba, en primer lectura, las enmiendas a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte COM(2012)0335.

(44) El caso *Micula* evidencia las contradicciones existentes entre las previsiones de los AP-PRIs firmados por los Estados miembros con otros Estados (sean miembros o no) y el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado, mostrando que puede darse el caso en que el cumpli-

La trascendencia práctica de esta excepción propuesta por la Comisión es innegable, pues tiene una inmediata repercusión en relación con los posibles supuestos de recuperación de ayudas de Estado que pueden surgir en relación con los casos de *tax ruling* sobre los que la Comisión ha abierto procedimiento de investigación formal en relación con filiales de empresas de EEUU que operan en UE, como son, entre otros, Amazon (45) y McDonalds (46) en Luxemburgo, Apple (47) en Irlanda, y Starbucks (48) en Holanda.

miento simultáneo de las obligaciones derivadas de ambos instrumentos normativos sea imposible. Este caso viene motivado por el hecho de que un inversor sueco se había beneficiado de distintos incentivos a la inversión en determinadas zonas mineras mientras operaba en Rumanía. Pero cuando Rumanía ingresó en la UE dichos beneficios fueron retirados, puesto que eran incompatibles con la normativa sobre ayudas de Estado de la UE.

El inversor, sobre la base del APPRI Rumanía-Suecia, demandó a Rumanía por los daños causados ante el CIADI (Asunto ICSID n° ARB/05/20 *Ioan Micula Viorel Micula, SC European Food, SA, SC Starmill SRL, SC Multipack SRL/Rumania*). La UE participó en el arbitraje como *amicus curiae* en apoyo de la postura de Rumanía defendiendo que la retirada de incentivos se hizo para cumplir con la normativa de la Unión sobre ayuda de Estado, pues estos incentivos eran incompatibles con la normativa de la UE en materia de ayudas de finalidad regional, en particular los incentivos no respetaban los requisitos de la legislación comunitaria en relación con los costes subvencionables y la intensidad de la ayuda, añadiendo que los incentivos eran en sí mismos ayuda de funcionamiento, prohibida en virtud de la normativa en materia de ayuda de finalidad regional.

Sin embargo, el árbitro rechazó estos argumentos y en un laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013 falló a favor del inversor condenando a Rumanía a abonar 250 millones de dólares argumentando que la retirada de Rumanía de determinados beneficios violó la confianza legítima de los demandantes e incumplió la obligación de garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones previsto en el apartado 3 del artículo 2 del APPRI Rumanía-Suecia.

Las autoridades rumanas procedieron a ejecutar parcialmente el laudo compensando una parte de la indemnización concedida a los demandantes mediante deducciones de los impuestos adeudados por una de las empresas demandantes y solicitó a la Comisión información sobre la posibilidad de abonar el importe pendiente en efectivo.

La Comisión Europea emitió un requerimiento de suspensión (*Commission decision C (2014) 3192 of 26 May 2014*), de conformidad con el (entonces vigente) apartado 1 del artículo 11 del Reglamento 659/1999, por el que se obligaba a Rumanía a suspender cualquier acción que pudiera dar lugar a la ejecución o aplicación de la cantidad prevista en el laudo que todavía no había sido abonada y, además, dictó Decisión de incoación de un procedimiento de investigación en materia de ayudas de Estado por la concesión de una ayuda de Estado ilegal respecto de la ejecución parcial del laudo por parte de Rumanía que finalizó con la consideración de ayuda de Estado ilegal de estas medidas.

La sociedad inversora presentó un recurso de anulación contra esta Decisión de incoación de la Comisión ante el Tribunal General (Asunto T-694/15, *Micula contra Comisión*), alegando que el Derecho de la UE no resulta de aplicación a la controversia entre el inversor y el Estado, pues el APPRI vigente entre Suecia y Rumanía, que sirve de base a la reclamación, prima sobre el Derecho de la Unión por aplicación del artículo 351 TFUE y negando, además, la competencia de la Comisión para intervenir en este asunto.

(45) La versión no confidencial de la decisión de inicio del procedimiento de investigación formal, así como toda la información relativa al procedimiento abierto por la Comisión contra Amazon, puede consultarse con el número de caso SA.38944 en el Registro de Ayudas de Estado de la página web de la DG Competencia en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944

(46) La versión no confidencial de la decisión de inicio del procedimiento de investigación formal, así como toda la información relativa al procedimiento abierto por la Comisión contra McDonalds, puede consultarse con el número de caso SA.38945 en el Registro de Ayudas de Estado de la página web de la DG Competencia en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38945

(47) La versión no confidencial de la decisión de inicio del procedimiento de investigación formal, así como toda la información relativa al procedimiento abierto por la Comisión contra Apple, puede consultarse con el número de caso SA.38373 en el Registro de Ayudas de Estado de la página web de la DG Competencia en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373

(48) La versión no confidencial de la decisión de inicio del procedimiento de investigación formal, así como toda la información relativa al procedimiento abierto por la Comisión contra Starbucks, puede con-

Si bien, en un principio, dado que el TTIP no ha entrado todavía en vigor y las inversiones de la Comisión ya se han iniciado, cabría excluir los efectos protectores de la inversión del TTIP respecto de estos supuestos que acabamos de citar, puesto que son anteriores a la futura (y eventual) entrada en vigor del TTIP, no es menos cierto que el texto del borrador del TTIP del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce», en el apartado x.1 de su Sección I en su definición de «inversiones cubiertas» (*covered investment*) incluye todas aquellas inversiones «cuya titularidad sea atribuible directa o indirectamente o sean controladas directa o indirectamente por los inversores de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante de acuerdo con las leyes aplicables y con independencia de que se hayan materializado antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo» (49). Consecuentemente las inversiones ya realizadas por filiales de sociedades de EEUU en el territorio de la UE y que actualmente están siendo objeto de un procedimiento de investigación formal en materia de ayudas de Estado por parte de la Comisión, quedarían protegidas por el Capítulo de Inversiones del TTIP y, por tanto, les resultaría de aplicación lo dispuesto en el apartado x.1 de la Sección I, siempre que la redacción actual del borrador de la propuesta de la Comisión se mantuviera en el texto final del TTIP y siempre que la recuperación tuviera lugar después de su entrada en vigor.

No obstante, esta salvedad introducida en relación con las ayudas de Estado no asegura de manera total que los inversores no reclamen a los Estados miembros o a la UE una indemnización por los daños derivados del cese del disfrute y consecuente obligación de devolución del beneficio considerado ayuda de Estado y, además, peca de simplista, como apunta LUJA, pues no tiene en cuenta que la protección conferida tradicionalmente a las inversiones por los Acuerdos sobre inversiones –y el Capítulo sobre Inversiones del TTIP no es una excepción a este respecto– incluye el estándar de protección relativo al Trato Justo y Equitativo (*Fair and Equitable Treatment*, FET) el cual puede ser esgrimido por los inversores que se consideren agraviados como base de una reclamación por los daños derivados del cese del disfrute y la obligación de recuperación del beneficio considerado ayuda de Estado, sobre todo si se tiene en cuenta que los árbitros que dirimen estas reclamaciones han llevado a cabo una interpretación muy amplia del mismo, llegando a transformar este estándar de protección en una suerte de fuente autónoma de obligaciones de amplio espectro para el Estado miembro anfitrión de la inversión que podría dar amparo a una reclamación de este tipo en el supuesto de la eliminación de una medida considerada ayuda de Estado, en el ámbito del TTIP, sin que la previsión del apartado x.1 de la Sección I sea óbice para ello (50).

Con ello queremos poner de manifiesto que si un inversor consiguiera probar que la eliminación de una ventaja considerada ayuda de Estado por las instituciones europeas constituye una violación del estándar de protección de Trato Justo y Equitativo contenido recogido en el Capítulo de Inversiones del TTIP, estaría legitimado para obtener una indemnización pecuniaria por los daños irrogados, soslayando la excepción contenida en el apartado x.1 de la Sección I sobre recuperación de ayudas de Estado.

sultarse con el número de caso SA.38374 en el Registro de Ayudas de de la página web de la DG Competencia en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374

(49) La traducción al castellano es nuestra. En su versión inglesa el texto literal es el siguiente: «Covered investment» means an investment which is owned, directly or indirectly, or controlled, directly or indirectly, by investors of one Party in the territory of the other Parte made in accordance with applicable laws, whether made before or after the entry into force of this Agreement».

(50) LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», Draft 15 January 2016) to be included in the 10th GREIT Conference Reports, págs. 18-19; disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2725924> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2725924>

Sin embargo, consideramos que para probar la violación de dicho estándar de protección es necesario demostrar que el Estado miembro en cuestión ha ofrecido –de manera real, cierta y expresa– ciertas expectativas legítimas al inversor, de tal suerte que sólo cuando el Estado hubiera mantenido una actitud activa, ofreciendo por propia iniciativa el régimen fiscal beneficioso que posteriormente fue declarado ayuda de Estado, induciendo a la sociedad estadounidense a realizar la inversión en su territorio, podría considerarse que la retirada del citado régimen fiscal y la consiguiente recuperación constituyen una vulneración de las expectativas legítimas del inversor y sería procedente la indemnización (51). Pues si no se exigiera esta actitud generadora de expectativas por parte del Estado, caeríamos en una suerte de automatismo que conduciría a la procedencia de la indemnización en la totalidad de los supuestos en que un régimen fiscal beneficioso fuera considerado ayuda de Estado por la Comisión.

No obstante, esta posibilidad que acabamos de apuntar quedaría vetada si se incluyera en la Parte General del TTIP (la cual todavía no se ha hecho pública) una excepción (*carve out*) de carácter absoluto en relación a la aplicación de la cláusula de Trato Justo y Equitativo en materia de ayudas de Estado o en materia fiscal, pues de ser así, estas materias quedarían excluidas del ámbito objetivo de aplicación del estándar de protección ofrecido por dicha cláusula, la cual ya no podría constituir la base jurídica sobre la que fundamentar una reclamación de indemnización por el cese del disfrute de una medida considerada ayuda de Estado y la consiguiente recuperación que ello conlleva (52).

En este contexto, el eventual pronunciamiento del TJUE en el caso Starbucks –y otros similares– resulta de especial trascendencia pues, en caso de considerar las medidas constitutivas de *tax ruling* como una ayuda de Estado ilegal, se abrirá la puerta a eventuales reclamaciones de los inversores estadounidenses, sin llegar a descartar que esta hipotética situación tenga consecuencias en las negociaciones sobre el TTIP, pues no en vano, como opina LUJA (53), esta excepción introducida por la Comisión representa una posición negociadora que puede llegar a ser difícilmente asumible al colocar a los inversores estadounidenses en una situación de desprotección que puede ser percibida por la opinión pública y la clase política de EEUU como la materialización de una persecución. Como muestra de estas reticencias, traemos a colación la preocupación que algunos miembros del Comité de Finanzas del Senado de EEUU (*US Senate Finance Committee*) (54) han manifestado acerca de las investigaciones sobre ayudas de Estado que la Comisión ha iniciado en relación con ciertas empresas norteamericanas, llegando incluso a denunciar que la recuperación de las ayudas de Estado disfrutadas constituye una aplicación retroactiva de la normativa tributaria (55).

(51) LUJA en un análisis similar al que nosotros realizamos en este trabajo, distingue también entre dos escenarios. Por un lado, un escenario en el que el Estado no realiza ningún ofrecimiento del régimen fiscal beneficioso controvertido, sino que simplemente el inversor de EEUU se beneficia de un régimen fiscal ya existente en el territorio de ese Estado. Por otro lado, un escenario en que el Estado miembro mantiene una actitud activa y ofrece al inversor estadounidense el disfrute de un régimen fiscal, siendo este ofrecimiento un elemento esencial en la decisión del inversor de invertir en ese territorio, véase LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», *op. cit.* págs. 3-4 y 21.

(52) Este razonamiento también es seguido por LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», *op. cit.*, pág. 21.

(53) LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», *op. cit.*, págs. 18-19.

(54) Entre los que se cuentan su presidente Orrin Hatch (R-Utah), su vicepresidente Ron Wyden (D-Ore.), los miembros Rob Portman (R-Ohio) and Chuck Schumer (D-N.Y.)

(55) Véase la Nota de Prensa de 15 de enero de 2016 del US Senate Finance Committee «Finance Committee Members Push for Fairness in EU State Aid Investigations», que incluye una

Como este autor (56), la inclusión de una excepción tan amplia puede suponer un grave menoscabo en el estándar de protección tanto del inversor extranjero, como del inversor nacional del Estado anfitrión, si bien reconoce este autor que en el marco de las relaciones de inversión entre EEUU y la UE es aceptable, puesto que en ambos territorios se persigue la distorsión de la competencia mediante la concesión de ayudas de distintos tipo.

En último término cabe hacer una reflexión sobre cuál debería ser la redacción de la excepción o *carve out* cuya inclusión hemos propuesto en la Parte General del TTIP en relación con la cláusula de Trato Justo y Equitativo. Como hemos apuntado, consideramos necesario que esta excepción presente carácter absoluto, pudiendo referirse bien a la materia tributaria, o bien al ámbito de las ayudas de Estado.

Resulta evidente que una excepción absoluta en materia fiscal impediría cualquier reclamación de indemnización por parte de inversor de EEUU en caso de recuperación de ayudas de Estado de carácter fiscal a través de un procedimiento de carácter tributario consistente en la exacción (con carácter retroactivo) de las cantidades dejadas de ingresar merced al ilícito beneficio fiscal conferido.

No obstante, como evidencia LUJA, si la recuperación de la ayuda de Estado de carácter fiscal no se articula a través de un procedimiento de naturaleza tributaria, sino que dicho procedimiento de recuperación presenta naturaleza administrativa o civil, por ejemplo, dicha actuación de recuperación quedaría fuera del ámbito objetivo de aplicación de la *carve out*, lo que permitiría a los inversores estadounidenses presentar reclamaciones de indemnización por incumplimiento de la cláusula de Trato Justo y Equitativo, puesto que estos procedimientos de recuperación de carácter no fiscal no estarían incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la excepción (57).

En consecuencia, consideramos que a los efectos de salvaguardar la responsabilidad internacional de la UE y de los distintos Estados miembros (58) frente a reclamaciones de inversores estadounidenses, debería incluirse en la Parte General del TTIP una *carve out* en relación con la cláusula del Trato Justo y Equitativo de carácter absoluto referida de manera global a las ayudas de Estado, en lugar de ceñirse esta excepción a la materia tributaria, puesto que, si se refiere a la materia tributaria únicamente, los inversores de EEUU podrían presentar reclamaciones de indemnización en los supuestos en los que la recuperación de la ayuda se sustanciara por medio de un procedimiento de naturaleza distinta a la tributaria.

carta al Secretario del Tesoro de EEUU. Disponible en <http://www.finance.senate.gov/chairmans-news/finance-committee-members-push-for-fairness-in-eu-state-aid-investigations>

(56) LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», *op. cit.*, págs. 18-19.

(57) LUJA, R.: «State aid recovery and investor protection for US taxpayers before and after TTIP: how back taxes might lead to an inequitable treatment», *op. cit.* pág. 20.

(58) En este caso que nos ocupa, y a la luz de lo previsto en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 912/2014 Reglamento (UE) n° 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (DO L 257, de 28 de agosto de 2014, págs. 121 ss), la responsabilidad financiera derivada de un litigio con arreglo a un acuerdo recaerá sobre el Estado miembro en cuestión cuando el Estado miembro afectado deba actuar con arreglo al Derecho de la Unión para solucionar la incompatibilidad de un acto previo con dicho Derecho, ese Estado miembro será responsable financieramente, salvo si dicho acto previo estaba requerido por el Derecho de la Unión, en cuyo caso la Unión asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por dicho Estado miembro cuando ese trato sea requerido por el Derecho de la Unión.

2.3. El arbitraje como método de resolución de controversias en el ámbito de la protección de inversiones extranjeras

2.3.1. *El arbitraje en el ámbito convencional tributario*

El arbitraje como mecanismo de resolución de diferencias no es nuevo en la esfera convencional del Derecho tributario internacional, pues ya apareció por primera vez en la reforma llevada a cabo en el año 2008 del artículo 25 de Convenio Modelo de la OCDE, cuando se previó en el texto de este artículo el recurso al arbitraje vinculante como mecanismo subsidiario cuando no prospere la vía amistosa en el plazo de dos años, si bien este arbitraje presenta carácter voluntario para las autoridades competentes de los Estados signatarios (59). No obstante, esta solución ha tenido una «tímida aceptación» (60), puesto que son pocos los Estados —entre ellos, España (61)— que han decidido incorporar esta cláusula arbitral en sus convenios bilaterales.

En opinión de RIBES RIBES, no existe obstáculo alguno para instaurar el arbitraje como método de resolución de las dificultades surgidas en el ámbito convencional tributario, siendo la principal barrera para ello la renuncia al poder tributario que, según la concepción de la mayoría de los Estados entrañaría la previsión del cauce arbitral en sus tratados bilaterales (62).

No obstante las reticencias generalizadas, cabe destacar la excepción de EEUU quien —como apunta RIBES RIBES— se ha mostrado tradicionalmente favorable al arbitraje, como demuestran los Convenios de Doble Imposición (CDI) firmados con Alemania, Bélgica, Holanda, Francia, Canadá y España, entre otros. Además, cabe destacar como hito reciente la detallada cláusula arbitral incorporada en el artículo 25, apartados 7 a 10 al Convenio Modelo de EEUU de 17 de febrero de 2016 (63).

(59) Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión véase RIBES RIBES, A.: «Modificación del artículo 25 del convenio modelo de la OCDE y de sus comentarios: el borrador de la OCDE de 1 de febrero de 2006», *Quincena Fiscal*, n.º 20, 2006, págs. 35-47.

(60) Tal y como afirma RIBES RIBES, pues hasta 2014, el arbitraje se había introducido en unos 150 Convenios de Doble Imposición, adoleciendo dicha previsión de la uniformidad deseable, de anexos en los que se detallan las reglas procedimentales (salvo en los convenios estadounidenses) y otorgando derechos muy limitados a los contribuyentes implicados, vid. RIBES RIBES, A., «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», Comunicación presentada a las XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), noviembre 2016, en prensa, pág. 20.

(61) RIBES RIBES destaca el desinterés ante el arbitraje que ha manifestado España, atestiguado por los escasos convenios bilaterales suscritos desde 2008 hasta la actualidad que han incorporado esta cláusula, siendo los únicos ejemplos de ello los firmados con EEUU (Protocolo que modifica el Convenio entre España y Estados Unidos, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 14 de julio de 2014), Reino Unido (Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 15 de mayo de 2014) y Suiza (Protocolo que modifica el Convenio entre España y la Confederación Suiza, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 11 de junio de 2013), vid. RIBES RIBES, A.: «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», Comunicación presentada a las XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), celebradas en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), noviembre 2016, en prensa, pág. 20.

(62) RIBES RIBES, A.: «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», *op. cit.*, pág. 18.

(63) RIBES RIBES, A.: «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», *op. cit.*, pág. 2.

En este contexto, la OCDE, consciente de la insuficiencia del mecanismo dual (procedimiento amistoso + arbitraje) previsto en el artículo 25 de Convenio Modelo de la OCDE, destina la Acción 14 BEPS a desarrollar soluciones para luchar contra los obstáculos que impiden que los países resuelvan las controversias relacionadas con los CDIs mediante los procedimientos amistosos, incluyendo la ausencia de disposiciones sobre arbitraje en la mayoría de convenios y el hecho de que el acceso a los procedimientos amistosos y el arbitraje pueda ser denegado en algunos casos (64) y propone en el Informe final de la Acción 14 BEPS (65) incorporar el arbitraje vinculante en los CDIs como mecanismo de resolución de controversias, si bien, en opinión de RIBES RIBES «el carácter conservador de las previsiones de dicho Informe, que no recuerda sino al MEMAP publicado en 2007 por la OCDE, no permite augurar progresos significativos en esta materia» (66).

2.3.2. *El sistema de arbitraje inversor-Estado en los APPRI*s

Desde la expansión de las grandes sociedades comerciales a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el mecanismo que vino a dar respuesta a la necesidad de tutela de los intereses económicos de las sociedades y de las personas físicas fuera de su Estado nacional fue la protección diplomática.

La protección diplomática constituye un instituto integrado en el marco más general de la responsabilidad internacional de los Estados por el que se amparan obligaciones que se establecen exclusivamente entre el Estado infractor y el Estado de la nacionalidad de la víctima, pues, al ocasionar un daño a un nacional de un Estado vulnerando el Derecho internacional, el Estado agresor se hace responsable ante el otro Estado. Es decir, se trata de una relación interestatal entre el Estado que realizó el acto ilícito y el Estado que ha visto violado un derecho subjetivo propio. Aún cuando en el origen estuviere un perjuicio causado a un particular constituye el ejercicio de un derecho subjetivo del Estado del que es nacional el particular perjudicado contra el Estado de la nacionalidad de la víctima, cuyos principales inconvenientes son el limitado alcance de su protección y la total discrecionalidad de que va a gozar el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad de la víctima, quien ostenta una total libertad de acción y el control absoluto de la reclamación (67).

No obstante, la protección diplomática como mecanismo de protección de los intereses económicos de los nacionales de un Estado en el extranjero ha sido sustituida por una vía alternativa de protección de las inversiones extranjeras constituida por el Acuerdo sobre inversiones y un sistema de arbitraje inversor-Estado (conocido como ISDS por sus siglas en inglés *Investor-state dispute settlement*)

(64) RIBES RIBES, A.: «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», *op. cit.*, pág. 19.

(65) OECD/G20: Base Erosion and Profit Shifting Project. «Making dispute resolution mechanisms more effective». Action 14: 2015 Final Report. Puede consultarse en: <http://www.oecd.org/tax/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report-9789264241633-en.htm>

(66) RIBES RIBES, A.: «Necesidad y viabilidad del arbitraje internacional tributario: el reto de la acción 14 BEPS», *op. cit.*, pág. 21.

(67) VICENTE BLANCO, D. J.: «La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje», *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, nº 7, 1992, págs. 360-362.

Así pues, los APPRI han llevado consigo la introducción del arbitraje como medio de resolución de controversias que, en opinión de DIEZ HOCHLEITNER, se configura como «la piedra angular del régimen de protección que ofrecen» (68) y cuya principal virtud reside en superar los inconvenientes que presentaba el anterior sistema de resolución de controversias al que vino a sustituir: la protección diplomática.

Lo habitual es que las disposiciones reguladoras de la solución de controversias en los APPRI articulen dos mecanismos distintos: uno para instrumentalizar las controversias surgidas entre los Estados contratantes relativas a la interpretación o aplicación del tratado (que se configuran como auténticas cláusulas compromisorias) y otro diferente para la solución de las controversias que enfrentan a un inversor extranjero y al Estado de la inversión que viene constituido por el arbitraje internacional de inversiones (69).

Por su parte, las disposiciones que regulan la solución de controversias inversor-Estado forman parte de las cláusulas más típicas de los modelos APPRI (70) pudiendo condicionar la activación del arbitraje inversor-Estado a la satisfacción previa de ciertas condiciones procesales, como, por ejemplo, la prioridad de la solución amistosa de la controversia, el agotamiento de los recursos internos o la revisión administrativa del acto que pretende ser impugnado en sede arbitral por el inversor extranjero (71).

El arbitraje puede ser *ad hoc* (regulado por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) (72) o bien institucional, en cuyo caso lo más frecuente es que el APPRI se refiera al arbitraje institucional conforme a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington, si bien también puede hacerse referencia a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París (73) o, con menor frecuencia a las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cáma-

(68) DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI», *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, n° 11, 2005, pág. 50.

(69) REQUENA CASANOVA, M.: «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, n° 24, págs. 3-4.

(70) Como afirma REQUENA CASANOVA, estas disposiciones incluyen varios elementos tradicionales como el alcance material del mecanismos de solución inversor-Estado, una fase previa para intentar resolver la controversia de manera amistosa antes de acudir al arbitraje, la institución o las reglas del arbitraje, el derecho aplicable al fondo o las obligaciones de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, si bien en la práctica se aprecian varios rasgos diferenciales entre los elementos típicos de dichas cláusulas en función de la procedencia de los modelos, véase REQUENA CASANOVA, M.: «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *op. cit.*, pág. 13.

(71) REQUENA CASANOVA, M.: «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, n° 24, pág. 15.

(72) REQUENA CASANOVA destaca que «es frecuente que los inversores extranjeros puedan instar un arbitraje internacional *ad hoc* conforme a las normas de la CNUDMI, una posibilidad tasada en la mayoría de modelos, normalmente en concurrencia con otros foros de arbitraje», si bien en otros supuestos «se remiten a estas reglas en solitario», REQUENA CASANOVA, M.: «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *op. cit.*, pág. 20.

(73) Como pone de relieve REQUENA CASANOVA, «En la última década la tendencia en los modelos nacionales ha sido ofrecer a los inversores la posibilidad de someter las controversias ante una diversidad de foros arbitrales. No obstante, la instancia arbitral que los modelos ponen al servicio de los inversores extranjeros se refiere habitualmente al arbitraje institucional conforme a las

ra de Comercio de Estocolmo (SCC), cuya principal ventaja consiste en permitir cualquier recurso contra sus resoluciones aunque se refiriera exclusivamente a cuestiones formales.

2.3.3. *El método de resolución de controversias previsto en el TTIP*

El mandato de negociación del TTIP (74) aprobado por el Consejo en junio de 2013, incluye el objetivo de negociar disposiciones de protección de inversiones con mecanismo de protección ISDS. Sobre esta base, la Comisión presentó un primer borrador de su propuesta para las negociaciones del TTIP que incluía el arbitraje como método de resolución de controversias. No obstante esta redacción inicial se ha visto modificada por la Comisión debido a una serie de acontecimientos.

Entre el 27 de marzo y el 3 de julio de 2014, la Comisión Europea abrió un periodo de consulta pública *on line* sobre el capítulo dedicado a la protección de las inversiones y el ISDS de su propuesta para las negociaciones del TTIP que tomaba el capítulo de inversiones del CETA como referencia. El 13 de enero de 2015 se publicó el informe (75) detallado sobre esta consulta, la cual, a pesar de la complejidad técnica de las preguntas, registró un récord de participación recibiendo 149.399 respuestas, siendo 97% de las mismas contrarias a la inclusión de mecanismo de arbitraje ISDS en el TTIP y otros tratados comerciales.

Consecuencia de estos resultados, el 6 de mayo 2015 la Comisaria de Competencia Cecilia Malmström presentó a los diputados de la comisión parlamentaria de Comercio Internacional del Parlamento Europeo una nueva propuesta de la Comisión para resolver los posibles conflictos entre inversores extranjeros y países receptores de dichas inversiones (que modifica el mecanismo de resolución de controversias basado en el arbitraje previsto en el primer borrador presentado por la Comisión para las negociaciones del TTIP) que incluso llegó a ser introducido *in extremis* en una revisión del texto final de 2014 del CETA (76) y también ha sido incluido en ALC con Vietnam.

reglas del CIADI, si bien todos ellos aluden igualmente al Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI, alternativa aplicable cuando el Estado de la inversión no es parte del Convenio CIADI o si el inversor es nacional de un Estado que no hubiera celebrado dicho Convenio. En menor medida, los modelos mencionan como posibles instancias arbitrales las Reglas de Arbitraje de la CCI o las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo», véase REQUENA CASANOVA, M.: «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *op. cit.*, pág. 20.

(74) Directrices de negociación de la UE relativas a la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la Unión Europea y los Estados Unidos, aprobadas por el Consejo el 14 de junio de 2013 y desclasificadas y hechas públicas por el Consejo el 9 de octubre de 2014, (ST 11103/13 RESTREINT UE/EU RESTRICTED) véase <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf>.

(75) Informe de la Comisión, de 13 de enero de 2015, sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en la ATCI (SWD(2015)0003).

(76) Véase European Commission – Press release CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement Brussels, 29 February 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm

Además, el Parlamento Europeo en su Informe de opinión votado por el Pleno el 8 de julio de 2015 en Estrasburgo en el contexto de las negociaciones en curso sobre la ATCI, dirige a la Comisión la recomendación de «sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en el que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros, y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas» (77.)

Debido a la oposición mostrada desde distintas instancias hacia el ISDS, y muy especialmente, ante la postura contraria del Parlamento Europeo el cual, a pesar de no tener potestad para negociar el TTIP, puede rechazar su ratificación por la UE (78), la Comisión presentó el 12 de noviembre de 2015 una nueva versión del borrador para las negociaciones del Capítulo de inversiones del TTIP.

En concreto la Sección 3 del mencionado Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto de TTIP recoge el nuevo mecanismo de resolución de controversias nacidas por la aplicación de este Acuerdo, que cubriría también las inversiones indirectas. Dicho método de resolución de controversias –propuesto por la Comisión Europea y hecho público el pasado 16 de septiembre de 2015 y presentado oficialmente a los EEUU el 12 de noviembre de 2015 (79)– se aleja del tradicional método ISDS para configurarse como un sistema de Corte permanente (*Investment Court System*, ICS) basado en un siste-

(77) Apartado 2. d) XV de la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) (2014/2228(INI)).

(78) El ciclo de las negociaciones comerciales con terceros países, se estructura en varias etapas:

1º. La Comisión propone un «mandato» de negociación y el Consejo lo aprueba mediante Decisión. El Parlamento Europeo carece de competencias en esta etapa.

2º. El Tratado de Lisboa establece la obligación de que el Parlamento Europeo sea informado de la marcha de las negociaciones. Ultimadas las negociaciones, la Comisión consulta con los Estados miembros su rúbrica, revisa los textos acordados y los rubrica con el país tercero.

3º. La Comisión propone al Consejo la autorización para firmar el Acuerdo Comercial y, en su caso, su aplicación provisional antes de su entrada en vigor. El Parlamento Europeo carece de competencias en esta etapa.

4º. La Comisión propone concluir o celebrar definitivamente el acuerdo y el Consejo lo autorizará previa aprobación del Parlamento Europeo.

Fuente: Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Comercio, véase: <http://www.comercio.gob.es/gl-es/comercio-exterior/politica-comercial/introduccion/paxinaspolitica-comercial-union-europea.aspx>

Además, cuando la UE negocia un acuerdo internacional, como el TTIP, el Parlamento Europeo tiene derecho a expresar su posición sobre el acuerdo en cualquier fase de las negociaciones, sobre la base del artículo 108, apartado 4, del Reglamento interno del Parlamento Europeo (8ª Legislatura, julio 2014).

(79) Con la presentación de esta propuesta se reanudaron las negociaciones del TTIP, en concreto se trata de la 12ª Ronda de unas negociaciones que se iniciaron en julio de 2013 y que se reanudaron el pasado 22 de febrero de 2016 tras haber quedado en suspenso en marzo de 2014 cuando la Comisión Europea puso en marcha la consulta pública sobre el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI).

ma público de tribunales de inversiones –alternativo al sistema de arbitraje privado inicialmente previsto en el texto del TTIP– formado por un Tribunal de Primera Instancia (80) y un Tribunal de Apelación (81).

Los cambios más sustanciales son, por un lado, la sustitución de los árbitros por unas personas denominadas *jueces*, «totalmente cualificados» que conformarían una lista cerrada y serían preseleccionados por las partes del Tratado (y no por las partes de la controversia, como sucede en el sistema ISDS) y que quedarían adscritos con carácter permanente a esta Corte, siendo su remuneración financiada por EEUU y la UE (82) y, por otro lado, la introducción de una doble instancia constituida por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación, lo que permite la apelación de las resoluciones.

En la actualidad ningún Acuerdo de inversión a nivel mundial incluye un mecanismo de apelación de los laudos dictados por el tribunal arbitral competente, siendo la figura más parecida las normas previstas en el ICSID y en UNCITRAL que permiten la anulación (*annulment o set aside of the tribunal's award*) sobre la base de unos motivos tasados de carácter procesal (83). No obstante, la Comisión –considerando que la ausencia de la posibilidad de corregir resoluciones injustas o erróneas por vía de la apelación es un elemento imprescindible de todo sistema judicial o quasi-judicial– ha introducido en su propuesta la instauración de una doble instancia que permita la

(80) El Tribunal de Primera Instancia estaría formado por quince jueces, cinco de los cuales serán nacionales de EEUU, cinco de la Unión Europea y otros cinco de terceros Estados. Estos jueces deberían ostentar las cualificaciones exigidas para pertenecer a la carrera judicial en sus países de origen o ser juristas de reconocido prestigio. Asimismo se prevé que sería deseable –si bien no resultaría obligatorio– que los jueces tengan conocimientos en derecho internacional de las inversiones y comercio internacional. Estos jueces conocerán los asuntos en salas de tres y cada una de estas salas deberá incluir un juez de cada procedencia, pudiendo ser presidente del Tribunal únicamente el juez procedente de un tercer Estado. Será el presidente de cada sala quien determine los miembros de la sala en función de un sistema rotatorio y aleatorio que no haga predecible la composición de dicha sala. No obstante, cuando las partes así lo soliciten, el demandante sea una PYME o los daños reclamados sean relativamente bajos podrá conocer de la controversia un único juez que, necesariamente, será el procedente de un tercer Estado, véase el artículo 9 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(81) Este Tribunal de Apelación conocerá en segunda instancia cuando la decisión dictada por el Tribunal de Primera Instancia sea recurrida. Conocerá de los asuntos en salas de tres jueces y estará compuesto por seis jueces, también de distinta procedencia (dos procedentes de EEUU, dos de la UE y dos de terceros Estados) que serán elegidos por las partes del acuerdo y no por las partes litigantes y que se verán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones y al mismo código ético que los jueces del Tribunal de Primera Instancia que prevé la propuesta de la Comisión. No obstante, las cualificaciones exigidas a los miembros de este tribunal de Apelación son superiores a las requeridas para ser miembro del Tribunal de Primera Instancia, pues si a los miembros del Tribunal de Primera Instancia se les exige ostentar las cualificaciones exigidas para pertenecer a la carrera judicial en sus países de origen, a los jueces del Tribunal de Apelación se les exige reunir las condiciones necesarias para ser miembro de los órganos judiciales de mayor rango en sus Estados nacionales, aunque también podrán ser miembros los juristas de reconocido prestigio, véase el artículo 10 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(82) Véanse los apartados 12 a 15 del artículo 9 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(83) Comisión Europea: «Concept Paper Investment in TTIP and beyond: the path for reform», pág. 9, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

apelación de las resoluciones, lo que ha constituido uno de los cambios más importantes en su propuesta respecto al anterior sistema previsto de ISDS. Este mecanismo de apelación –inspirado en el órgano de apelaciones de la OMC– a priori no parece contar con la oposición de EEUU, pues este país ha incluido una referencia a la posible creación de un órgano de apelación en sus Acuerdos de inversión desde 2002 (84).

Paralelamente, y al objeto de asegurar la imparcialidad de los jueces, la Comisión incluye en su propuesta un código ético reforzado (85) –detallado en el Anexo II de esta Sección III– que, sería aplicable junto a los requisitos ordinarios exigidos en la selección de árbitros. A este respecto, la propuesta de la Comisión prevé que los jueces, mientras estén adscritos a la Corte y ejerzan como jueces, no podrán ejercer como abogados de parte (86), ni podrán participar como expertos o testigos de parte en ninguna disputa en materia de protección de inversiones (87).

Sin embargo, la redacción de la propuesta de la Comisión, al limitar este régimen de incompatibilidad únicamente al período temporal en el que el juez está adscrito a la Corte y lleva a cabo sus funciones de juez, permite que los jueces hayan ejercido como abogados, expertos o testigos de parte antes de adscribirse a la corte permanente o incluso actúen como tales después de abandonar su cargo, con el consiguiente conflicto de intereses que, eventualmente, se podría producir.

En relación a estos supuestos, tan solo el artículo 6 contiene una –ambigua y carente de consecuencias– previsión estableciendo la obligación a todos los profesionales que hayan estado adscritos a la corte permanente de evitar comportamientos que pudieran levantar sospechas sobre su objetividad e imparcialidad en el desarrollo de sus funciones como jueces de la corte permanente.

A la vista del régimen de incompatibilidades previsto en la propuesta de la Comisión, consideramos que sería deseable que la redacción de este precepto contenido en la propuesta de la Comisión fuera mejorada y ampliada en este aspecto y resolviera de manera satisfactoria el problema de las «puertas giratorias» a los que no ofrece la adecuada solución en su redacción actual.

La propuesta de la Comisión diseña un mecanismo de resolución de controversias híbrido entre la jurisdicción y el arbitraje (88), pues aunque el tribunal estaría compuesto

(84) Comisión Europea., «Concept Paper Investment in TTIP and beyond: the path for reform», pág. 9, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

(85) Artículo 11 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(86) En el ISDS no está vetada la posibilidad de que los árbitros puedan actuar como abogados de las partes litigantes en otros procedimientos arbitrales que tuvieron lugar antes o se desarrollarán con posterioridad en el tiempo o incluso que se desarrollan en el tiempo de manera paralela al procedimiento en el que intervienen como árbitros, de manera que un mismo profesional puede ser abogado de parte de un inversor y árbitro en un tribunal arbitral que dirime un contencioso que ese mismo inversor ha planteado ante un Estado. No obstante, hay autores que consideran que excluir como potenciales miembros de la corte permanente a aquellos profesionales que actúen como letrados de parte en procesos arbitrales puede conllevar un déficit de experiencia y conocimientos, véase FOUCHARD, A.: «The EU proposal regarding investment protection: the end of investment arbitration as we know it», Kluwer arbitration Blog, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/>

(87) Véase el artículo 11 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(88) BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *Revista del Club Español de Arbitraje*, n° 26, 2016, pág. 43.

por jueces de un listado, el procedimiento en sí se regirá con arreglo a uno de los reglamentos arbitrales previsto en la propuesta de la Comisión (el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, UNCITRAL (UNCTAD) o aquel que acuerden las partes), debiendo dictarse el laudo arbitral dentro del plazo máximo de 18 meses en el caso del Tribunal de Primera Instancia (89) o de 6 meses (90), en el caso del Tribunal de Apelación.

El establecimiento de una duración temporal máxima del procedimiento ante la Corte permanente fijada en dos años (18 meses del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia + 6 meses del procedimiento ante el Tribunal de Apelación) supone una notable reducción de los plazos de duración de los arbitrajes ISDS, los cuales suelen durar alrededor de 6 años (incluyendo los procedimientos de anulación de los laudos), no obstante, BEDOYA y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA consideran que si bien resulta encomiable el compromiso de la Unión Europea por mejorar en lo posible los procedimientos arbitrales en materia de inversión, esta reducción de la duración temporal resulta demasiado ambiciosa, pues la complejidad de los asuntos de los que conocerá la corte permanente y las dificultades vinculadas a este tipo de procedimientos influirán indudablemente en la duración real e los procesos iniciados al amparo del TTIP (91).

Los inversores podrían acudir (92) a este mecanismo de resolución de disputas propuesto por la Comisión una vez superado un período de consultas de, al menos, seis meses (93), conservando la posibilidad de resolver la controversia de manera amistosa tanto antes como después de este período de consultas (94) o incluso de solucionarla recurriendo a la mediación de carácter voluntario en caso de mutuo acuerdo (95). No obstante, los inversores perderían su derecho a acudir a la Corte permanente si tienen intención de plantear o ya han presentado una reclamación similar ante instancias internacionales o los tribunales nacionales del Estado anfitrión (96), pues la propuesta de la Comisión recoge un mecanismo de «*fork-in-the-road*» con enfoque «sin retorno» que obliga al inversor a renunciar a su reclamación ante los tribunales del Estado inversor u otras instancias de forma que no haya posibilidad de «retorno».

Igualmente la propuesta de la Comisión ha reaccionado a las críticas que sobre la opacidad del ISDS se vierten recogiendo en su propuesta la obligación de transparencia en las decisiones, articulando dos mecanismos para ello. El primero de estos mecanismos es la remisión expresa —prevista en el artículo 18 de la Sección 3, del Capítulo II del

(89) Apartado 6 del artículo 28 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(90) Apartado 3 del artículo 29 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(91) BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 50.

(92) Si bien la propuesta de la Comisión recoge una serie de mecanismos al objeto de desincentivar a los inversores a plantear reclamaciones frívolas y evitar abusos como el sistema de *early dismissal* previsto en el artículo 17 que permitiría al Tribunal rechazar reclamaciones infundadas o la consagración del principio *looser pays* previsto en el apartado 4 del artículo 28 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce».

(93) Según el artículo 4 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(94) Según el artículo 2 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(95) Según el artículo de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(96) Según el artículo 14 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce»— a la aplicación de las reglas de la UNCITRAL sobre transparencia recogidas en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

El segundo de estos mecanismos se prevé en el artículo 8 de esta Sección III del Capítulo II del presente título del TTIP, el cual establece la obligación de revelar la identidad de los denominados «*third-party funders*», es decir, de las terceras personas distintas del inversor que faciliten fondos a éste para financiar su reclamación y ello, al objeto de permitir que la demandada solicite y obtenga garantías de pago de una eventual condena en costas (*security for costs*) (97).

Dada la distinta personalidad jurídica de la UE y de los distintos Estados miembros de la misma, frente a una demanda presentada por el inversor ante el Tribunal de Primera Instancia, la propuesta de la Comisión prevé (98) un mecanismo de determinación del demandado que remite a lo previsto en el Reglamento (UE) 912/2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (99), resultando esta decisión vinculante para el Tribunal.

Este mecanismo de determinación del demandado previsto en la propuesta de la Comisión «está destinado a plantear problemas», tal y como señalan BEDOYA y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, a pesar de que la propuesta de la Comisión prevé que la parte demandada así determinada no podrá oponer ninguna excepción basada en su falta de legitimación o de responsabilidad. Y ello porque estos autores creen que puede plantearse el supuesto en el que los jueces estimen la existencia de una infracción de los derechos del inversor pero, al mismo tiempo, que la responsabilidad por dicha infracción le corresponda a la parte que finalmente no ha ocupado la posición de demandando, lo que impediría instar dicha resolución tanto frente a la parte demanda como frente a la parte que no ha intervenido en el pleito, frustrando el resarcimiento del inversor (100). No obstante, consideramos que esta afirmación debe relativizarse a la luz de lo previsto por el apartado 6 el artículo 5 de esta Sección III, según la cual, tanto el Tribunal de Primera Instancia, como el Tribunal de Apelación quedarán vinculados por la determinación de la parte demandada llevada a cabo por la Comisión, lo que, a nuestro entender, obliga a la instancia competente a determinar responsable al sujeto demandado y no a otro sujeto que no ocupa la posición de demandado. Si bien esto puede llevar a situaciones igual de problemáticas, pues podría darse la situación en la que, por mor de esta previsión, se está obligando al Tribunal a determinar la responsabilidad de un sujeto que no es el responsable del perjuicio irrogado al inversor.

(97) Tal y como apostillan BEDOYA y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, véase BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 48.

(98) Artículo 5 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

(99) Reglamento (UE) n° 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, DO L 257, 28.8.2014, págs. 121–134.

(100) BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 54.

2.3.4. CETA: un caballo de Troya a las puertas de Europa

Debido a la gran similitud de las previsiones tanto sustantivas, como aquellas que regulan el mecanismo de resolución de controversias que presentan, por un lado el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) y, por otro lado, el texto del borrador del capítulo de inversiones del TTIP presentado por la Comisión el pasado 12 de noviembre de 2015, en el marco de las negociaciones en curso (101), queremos llamar la atención sobre el hecho de que, incluso en la hipótesis de que dichas negociaciones sobre el TTIP no llegaran a buen puerto y este instrumento nunca entrara en vigor, un gran número de empresas inversoras de EEUU (que se estima en cuatro de cada cinco inversores que operan en la Unión Europea (102)) podrían beneficiarse de una protección muy similar a la que prevé el TTIP en materia de inversiones, si bien de manera indirecta, gracias al hecho de que el ámbito subjetivo del CETA contempla un concepto de inversión muy amplio que incluye las inversiones realizadas de forma indirecta, siempre a partir del momento de que el CETA entrara en vigor (103).

La inversión realizada de manera indirecta —a diferencia de la inversión realizada de forma directa, que es aquella realizada por inversores nacionales de un Estado firmante del Acuerdo de Inversiones en el territorio de otro Estado firmante— es aquella inversión realizada en el territorio de un Estado firmante del acuerdo, llevada a cabo por un inversor nacional de un tercer Estado no firmante del Acuerdo a través de una sociedad filial —también llamada sociedad local— radicada en el territorio de otro Estado firmante del Acuerdo y a la cual se le exigirá (para conferirle la nacionalidad del Estado firmante en el que radica y pueda así disfrutar de la protección que confiere el Acuerdo de Inversiones en cuestión) que desarrolle actividades económicas o comerciales reales con el Estado receptor de la inversión (*substantial business activities*) y no sea una mera sociedad pantalla o interpuesta (*shell company*) creada con el único objeto de beneficiarse de manera fraudulenta de la protección conferida por el Acuerdo (104).

En virtud de la amplia definición de inversión que prevé el CETA (105), en aquellos supuestos de inversión llevada a cabo de manera indirecta en el territorio de un Estado firmante por un inversor nacional de un Estado no firmante, pero que ostente el

(101) Recordemos que, a la fecha de cierre de este trabajo, ha finalizado la 15ª Ronda de conversaciones del TTIP.

(102) Según la organización *Seattle to Brussels*, véase <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>

(103) El texto del Acuerdo todavía no ha entrado en vigor, pues el procedimiento de ratificación todavía no ha concluido, debiendo ser ratificado tanto por el Parlamento Europeo, en primer término, como por todos los Estados miembros, posteriormente, por tratarse de un Acuerdo «mixto». El texto, de más de 1.500 páginas, puede consultarse en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

(104) Sobre el concepto de inversor de un Estado contratante del Acuerdo, el artículo 8.1 del Capítulo 8 «Investment» del CETA establece que: «an enterprise of a Party is:

(a) an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and has substantial business activities in the territory of that Party; or

(b) an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Party and is directly or indirectly owned or controlled by a natural person of that Party or by an enterprise mentioned under paragraph (a)).

(105) Según el artículo 8.1 del Capítulo 8 del CETA para acogerse a los beneficios del Acuerdo la inversión puede ser tanto directa como indirecta («investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly»).

control efectivo de la sociedad filial nacional de un Estado parte del Acuerdo, la protección conferida por el Acuerdo se extiende a dicha inversión indirecta y el inversor que ostenta el control efectivo sobre la sociedad filial o local puede acudir al mecanismo de resolución de controversias previsto en el Acuerdo. Para estos casos, Díez-Hochleitner Rodríguez e Izquierdo Sans consideran que esta protección se extiende a las inversiones realizadas de forma indirecta con independencia de que el Acuerdo de Inversiones lo contemple o no de manera expresa al menos en aquellos casos en los que el inversor extranjero tiene el control efectivo sobre la sociedad filial o local, basándose para realizar esta afirmación, tanto en una interpretación de los Acuerdos de Inversiones que –sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados– atiende al objeto y fin de los tratados como en el amplio concepto de inversión que figura en ellos, así como una interpretación gramatical y contextual de sus disposiciones (106).

No obstante, para aquellos casos en los que el inversor sea un accionista minoritario de la sociedad filial o local y no ostente, por tanto, el control efectivo sobre la misma, estos autores reconocen la dificultad para alcanzar conclusiones definitivas, cuando esta cuestión no venga expresamente resuelta por el propio Acuerdo, pues existen tanto argumentos a favor, como en contra de la extensión de la protección conferida por el Acuerdo a los accionistas minoritarios. No obstante son partidarios de extender la protección del Acuerdo también al accionista minoritario, sobre la base de la amplia definición de inversión prevista en los Acuerdos de inversiones, si bien esta protección se vería limitada a sus derechos como accionista, es decir el accionista minoritario se encontraría protegido frente a los daños sufridos indirectamente, es decir, los daños causados a la sociedad (107).

En el caso que nos ocupa relacionado con el CETA, esta situación podría ilustrarse con un supuesto en el que un inversor nacional de EEUU invirtiera en el territorio de la UE, pero no directamente, sino a través de una sociedad filial ubicada en Canadá que mantuviera una actividad económica efectiva en dicho territorio de la UE (*substantial business activity*) y sobre la que ejercieran el control efectivo. En esta hipótesis, y consecuentemente con lo expuesto más arriba, dicha sociedad inversora de EEUU podría beneficiarse de la protección conferida por el CETA y acogerse al mecanismo de resolución de controversias que el mismo ofrece, en relación a la inversión relacionada con la filial canadiense (108).

Como hemos adelantado, el número de inversores que podrían beneficiarse de una protección similar a la que previsiblemente otorgará el TTIP de manera indirecta gra-

(106) Díez-Hochleitner Rodríguez, J e Izquierdo Sans, C.: «La inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica», *Revista electrónica e Estudios Internacionales*, nº 7, 2003, también publicado en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 8, 2003, pág. 186-187; Díez-Hochleitner Rodríguez, J.: «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS», *op. cit.*, pág. 51.

(107) Díez-Hochleitner Rodríguez, J e Izquierdo Sans, C.: «La inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 8, 2003, págs. 187-190; Díez-Hochleitner Rodríguez, J.: «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS», *op. cit.*, pág. 53.

(108) Igualmente sucedería en la situación inversa, pues las sociedades inversoras nacionales de un tercer Estado no perteneciente a la UE que invirtieran en EEUU a través de una filial con sede en la UE tendrían la posibilidad de invocar los estándares de protección conferidos por el TTIP en relación con las inversiones relacionadas con sus filiales situadas en la UE y de acudir al mecanismo de resolución de controversias que finalmente se recoja en el TTIP.

cias a las previsiones del CETA no sería nada desdeñable. Algunas fuentes (109) ofrecen cifras concretas y defienden que de las 51.495 sociedades filiales de sociedades matrices de EEUU que actualmente operan en el territorio de los distintos Estados miembros de la UE, 41.811 son filiales europeas cuya matriz estadounidense posee otra filial en Canadá, de manera que, si la filial canadiense tuviera un determinado porcentaje de participación en la filial europea, las sociedades inversoras estadounidenses podrían recurrir al sistema de resolución de controversias y a al régimen de protección de inversiones que prevé el CETA para resolver las controversias que surgieran en relación con su inversión realizada en Europa.

Resulta palmario que esta situación genera el riesgo de que las sociedades matrices estadounidenses realicen maniobras –calificadas como *forum shopping* o *treaty shopping* (110)– para cambiar artificialmente la nacionalidad del inversor consistentes en un cambio de titularidad en el accionariado de la sociedad filial que opera en el territorio de la UE a favor de una filial radicada en Canadá (ya existente o creada *ad hoc* para esta operación) al objeto de aprovecharse de los beneficios del CETA, ante la inexistencia en la actualidad de un Acuerdo entre EEUU y la UE, asegurándose una protección para sus inversiones y el acceso al método de resolución de controversias que, de otro modo, no disfrutaría.

Al objeto de atajar estas operaciones fraudulentas, el artículo 8.1 del Capítulo 8 «Investment» del CETA exige que el inversor desarrolle una actividad económica efectiva (*substantial business activity*) en el territorio de la UE o bien que el inversor sea una sociedad controlada –directa o indirectamente– por una persona física nacional del otro Estado parte del Acuerdo o por una sociedad nacional del otro Estado que desarrolle una actividad económica efectiva en el territorio de la UE.

En caso de que concurran los requisitos relativos al desarrollo de la actividad económica, tan sólo el artículo 8.16 (*Denial of benefits*) del Capítulo 8 «Investment» del CETA recoge un supuesto (expresado en términos bastante restrictivos y con escasas probabilidades de producirse) en el que es posible negar la protección brindada por el Acuerdo. Se trata de un supuesto en el que el inversor que solicita la protección del Acuerdo sea

(109) Según un estudio realizado por la organización norteamericana Public Citizen, puede consultarse dicho estudio bajo el título «Tens of Thousands of U.S. Firms would obtain new powers to launch investor-State attacks against European Policies via CETA and TTIP» en: <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>

(110) Para un estudio pormenorizado sobre la figura del *forum shopping* o *treaty shopping* en el contexto del arbitraje internacional en materia de Acuerdos de inversiones, véanse, entre otros: KIRTLEY, W. L.: «The transfer of Treaty Claims and Treaty-shopping in Investor-State disputes», *The Journal of World Investment and Trade*, Volumen 3, Issue 10, págs. 427-461; FERRARI, F.: *Forum shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Sellier European Law Publishers, 2013; FAYA RODRÍGUEZ, A.: «The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: a tool for treaty shopping», *Journal of International Arbitration*, 2008, volume 25, Issue 1, págs. 89-102; SKINNER, M. MILES, C. A., LUTTRELL, S.: «Access and advantage in investor-state arbitration: the law and practice of treaty shopping», *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. XX, n° XX, BLYSCHAK, P. M.: «Access and advantage expanded: Mobil Corporation vs. Venezuela and other recent arbitration awards on treaty shopping», *Journal of World Energy Law and Business*, 2011, Vol. 4, n° 1, págs. 32-39, OECD: Working Papers on International Investment, «Improving the system of investor-state dispute settlement: an overview», n° 1, 2006; REINISCH, A.: «The use and limits of res iudicata and lis pendens as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, n° 3, págs. 37-77; PAUWELYN, J., SALLEZ, L. E.: «Forum shopping before international tribunals: (real) concerns, (im)possible solutions», *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, Issue 1, Article 4, available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol42/iss1/4>

nacional de un tercer Estado (que en este caso sería EEUU) y que, además (se trata de requisitos cumulativos), el Estado europeo que niega la protección del CETA haya adoptado, adopte o mantenga una medida relacionada con el mantenimiento de la paz y seguridad internacional y que o bien prohíba las operaciones con el inversor o bien la concesión de la protección prevista en el Acuerdo suponga vaciar de contenido la medida adoptada (111).

2.3.5. *Reflexiones sobre la propuesta de la Comisión de crear un sistema de Corte permanente*

El ISDS no es en absoluto un mecanismo novedoso, sino que, por el contrario, se encuentra previsto como método de resolución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión de la inversión en la inmensa mayoría (112) de los APPRIIs que se encuentran actualmente en vigor. De hecho, según los datos de la UNCTAD, existen en la actualidad unos 2.283 tratados bilaterales de inversión en vigor, de entre los que unos 1.810 han sido suscritos por algún Estado miembro de la UE o por la propia Unión Europea, con un tercer Estado (incluyendo nueve con Estados Unidos), de los cuales un 90% del total de estos acuerdos contiene algún tipo de ISDS.

Tal vez sea porque este mecanismo no tiene la misma repercusión en la economía de un país de cerca de 36 millones de habitantes, como es Canadá, que en la economía de un país con más de 324 millones como es EEUU. O tal vez se deba a la supuesta (113) cultura beligerante estadounidense (*American claim culture*) que atribuye a los inversores de EEUU un mayor grado de litigiosidad, pero lo cierto es que la inclusión de este mecanismo en el texto inicial del borrador presentado a las negociaciones del TTIP por la Comisión Europea reavivó las críticas sobre la falta de legitimidad que tradicionalmente acompañan a este instituto, al contrario de lo que sucedió con el texto del CETA el cual, a pesar de recoger en su articulado el mismo mecanismo, no despertó ninguna crítica, pasando casi desapercibido para la opinión pública.

Ante un estado de opinión desfavorable tan generalizado en la sociedad europea, compartido incluso por las instituciones comunitarias como es el caso del Parlamento Europeo, la Comisión –consciente de que la retirada del mecanismo del ISDS pondría en riesgo la firma del Acuerdo debido al gran interés que EEUU demuestra hacia esta fórmula de resolución de controversias– aprobó la propuesta alternativa que acabamos de examinar.

(111) *Article 8.16, Denial of benefits*

«A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if:

(a) an investor of a third country owns or controls the enterprise; and

(b) the denying Party adopts or maintains a measure with respect to the third country that:

(i) relates to the maintenance of international peace and security; and

(ii) prohibits transactions with the enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments».

(112) La OCDE estima que el 93% de los Acuerdos de Inversión firmados y en vigor a nivel mundial contienen una cláusula ISDS, véase OECD, «Recent developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)», IIAA Issues Note, n° 1, april 2014, página 1.

(113) Que en realidad no es tal, pues en términos agregados, en los últimos 30 años, los inversores de Estados miembros de la UE han presentado más reclamaciones ante tribunales arbitrales que los inversores de EEUU, véase BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C. y VALKANOU, T.: *The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, 2014, pág. 9 y páginas 25-26.

Uno de los principales argumentos de los opositores al TTIP y que más reticencias provoca —erigiéndose casi en epicentro del debate— es el rechazo al ISDS. El sistema de arbitraje internacional de inversiones despierta una gran preocupación, no tanto de carácter económico, sino político, sobre la base de la teoría del indeseado enfriamiento normativo (traducción del inglés *regulatory chill*) (114) según el cual la posibilidad de que los inversores acudan al ISDS solicitando una compensación por el daño sufrido (115) somete a una permanente coacción al poder normativo de los Estados firmantes del Acuerdo y a sus diferentes niveles de gobierno, los cuales, por temor a estas reclamaciones, no adoptan ninguna medida legislativa por temor a que esta sea considerada discriminatoria (116), debido a que un cambio en la normativa del Estado anfitrión podría dar lugar a una reclamación del inversor extranjero ante un tribunal arbitral.

La propuesta de la Comisión pretende atajar la eventual aparición del enfriamiento normativo con una salvaguarda del derecho a regular de los Estados prevista en el artículo 2 de la Sección II del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP, en virtud del cual se lleva a cabo una reserva expresa de las facultades legislativas de los Estados en políticas públicas tales como salud pública, seguridad, medio ambiente o moral pública, de manera que un cambio en la legislación en estas materias no sea alegado por un inversor como causa de un perjuicio sufrido en el marco de una reclamación ante un tribunal arbitral.

En segundo lugar, el recelo a su aceptación también viene motivado por las críticas que ha recibido el ISDS al ser tildado de constituir una vía paralela y privilegiada que elude los tribunales nacionales y la aplicación de la normativa estatal de la que únicamente pueden disfrutar los inversores extranjeros en detrimento de los inversores nacionales del Estado anfitrión, los cuales no pueden acudir a esta vía y disfrutan de un menor nivel de protección de su inversión. Sin embargo, debe considerarse un acierto (117) de la propuesta del TTIP la introducción del mecanismo de *fork in the road* sin retorno, antes comentado, que elimina la posibilidad de que los inversores acudan de manera alternativa o simultánea a los procedimientos de resolución de controversias previstos en la normativa interna del Estado anfitrión y el mecanismo de resolución de controversias del TTIP, eliminando así la mayor protección de los inversores extranjeros.

La propuesta de un sistema de corte arbitral permanente híbrido no ha dejado satisfecho a ningún sector, recibiendo críticas desde todos los puntos de vista. Por un lado,

(114) TIENHAARA, K.: «Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science», in *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Brown C. and Miles, K. (Editors), Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 607.

(115) En ningún caso una reclamación ante un tribunal arbitral podrá derivar en una retirada de la legislación, sino que el ISDS únicamente se limita a garantizar una compensación por el (supuesto) daño causado por la medida legislativa.

(116) Los efectos indeseados de la *regulatory chill* no se despliegan en relación con las medidas legislativas que sí son discriminatorias, puesto que son justamente este tipo de medidas las que se pretenden evitar.

(117) Si bien esta opinión no es compartida de manera unánime, entre los autores que mantienen una postura crítica destacamos a KLEINHEISTERKAMP y POULSEN, quienes consideran que la solución propuesta por la Comisión que prevé incluir el mecanismo de «fork-in-the-road» es potencialmente perniciosa. Para un estudio con detalle de los argumentos que ofrecen estos autores para sustentar esta opinión véase KLEINHEISTERKAMP, J y POULSEN, L.: «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», *Policy Brief*, diciembre, 2014, pág. 5, disponible en

<http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/Kleinheisterkamp%20and%20Poulsen%20December%202014.pdf>.

los detractores del ISDS argumentan que los principales cambios revisten un mero carácter formal que no afectan de manera sustancial al IDSD —llegando incluso a calificarlos de «parches» (118)—, pues si bien se ha sustituido la palabra «árbitro» por la palabra «juez», este mecanismo conserva su finalidad primigenia, careciendo de importancia la denominación conferida, especialmente desde el momento en el que el mecanismo sitúa la disputa fuera de la jurisdicción ordinaria. Además, no evitaría las dificultades prácticas que encontrarían las partes del TTIP para alcanzar un acuerdo para designar a los jueces de la Corte, ni el riesgo de que las partes del Tratado designen a jueces que tengan un perfil pro-Estado, por lo que la Corte resultaría sesgada desde su misma composición (119).

Por otro lado los partidarios del arbitraje de inversiones como medio de resolución de controversias, critican la desnaturalización que ha sufrido la institución arbitral no sólo por vetar la elección de los miembros del tribunal arbitral por las partes, rasgo esencial del arbitraje, sino también por el proceso de «judicialización» al que se ha sometido a esta institución, lo que conlleva el riesgo de crear en los inversores la percepción de que el sistema carece de las ventajas asociadas al sistema tradicional de arbitraje ISDS (120), eventualidad que podría desincentivar la inversión extranjera (121). Dicha desnaturalización y judicialización plantean la incógnita de si las resoluciones emitidas por esta Corte permanente tendrían o no la consideración de resolución arbitral a los efectos previstos para la ejecución de laudos en la Convención de Nueva York (122).

Tampoco pueden pasarse por alto los eventuales conflictos que pueden nacer entre el sistema de arbitraje instaurado por el TTIP y los propios órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, pues como apunta Díez-Hochleitner, pues en ocasiones anteriores el TJUE ha sostenido de manera indubitada frente a instituciones internacionales de carácter permanente sus funciones jurisdiccionales como garante y último intérprete del Derecho de la Unión (123), si bien este autor considera que el mecanismo de resolución de competencias que recoja el TTIP no planteará las dificultades que el TJUE ha encontrado en el proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (124), puesto que el

(118) KLEINHEISTERKAMP, J y POULSEN, L.: «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», *op. cit.*, pág. 3.

(119) BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 53.

(120) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ apunta que una de las ventajas del arbitraje es que constituye una alternativa a los tribunales nacionales, de manera que si dicha opción se convierte en un tribunal más, no constituye una verdadera alternativa a la jurisdicción capaz de dotar de una mayor confianza al inversor, véase Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor», *Revista del Club español del Arbitraje*, nº 25, 2016, pág. 13.

(121) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *op. cit.*, pág. 7.

(122) BEDOYA y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA se plantean esta hipótesis en relación a los problemas que podrían surgir a la hora de ejecutar las resoluciones emitidas por esta Corte permanente en terceros Estados distintos a EEUU y los Estados miembros de la UE, pues una característica esencial del arbitraje es su naturaleza convencional en origen, por lo que podría objetarse que no estamos ante un verdadero arbitraje, véase BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, págs. 54-55.

(123) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor», *op. cit.*, pág. 13.

(124) A este respecto véase el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 (Dictamen emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11— Proyecto de acuerdo internacional— Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los

propio Tribunal estableció que un acuerdo internacional que prevea un órgano jurisdiccional competente para resolver las controversias entre las partes contratantes del Acuerdo y, por consiguiente, para interpretar las disposiciones de éste es, en principio, compatible con el Derecho comunitario. Si bien es cierto, apunta este autor, que el TJUE fija límites como que las decisiones de este otro tribunal no tengan por efecto imponer a la Comunidad y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas de Derecho comunitario recogidas en dicho Acuerdo y que no afecten a su competencia exclusiva para controlar la legalidad de los actos de las instituciones. Límites que, defiende este autor, no deberían ser traspasados por el arbitraje de inversiones (125).

Concedora de estos riesgos y con el fin de prevenir que los laudos arbitrales puedan interferir en la autonomía del Derecho de la UE, la Comisión propone que en los acuerdos que celebre la UE se descarte expresamente la competencia de los tribunales arbitrales para aplicar el Derecho de la UE o del Estado de inversión, aclarando que estos sistemas legales sólo deben ser tomados en cuenta a la hora de establecer los hechos que han dado lugar a la controversia (126). Consecuentemente con esta postura, la Comisión ha preferido omitir toda referencia a la legislación interna de las partes como Derecho aplicable a la resolución de las controversias tanto en el ALC con Singapur, en el CETA y en su propuesta del capítulo de inversiones del TTIP.

En este futuro e incierto contexto, la posición que adoptará el TJUE en la fijación de los límites y el margen de actuación de las formas de solución de controversias propuestas en los nuevos Acuerdos negociados por la Comisión adquirirá una especial trascendencia, si bien ya hay voces que auguran que el TJUE considerará que estas nuevas fórmulas de solución de controversias no ofrecen suficientes salvaguardias que garanticen los derechos fundamentales de la UE, la jurisdicción exclusiva del TJUE en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, la división interna de las competencias en la Unión y los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE (127).

Como hemos tenido ocasión de comentar, la nueva propuesta de la Comisión Europea incluye un Tribunal de Apelación configurado como instancia de apelación de las decisiones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia que ha sido recibida de manera positiva como un instrumento que incrementa la legitimidad y la independencia del sistema de resolución de controversias, de hecho, la posibilidad de introducir un mecanismo de apelación fue una de las cuestiones que mejor consideración obtuvo en la consulta pública que realizó la Comisión (128). Consecuentemente, tanto a nivel doctrinal como de

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales— Compatibilidad de dicho Proyecto con los Tratados UE y FUE), DO C 65, 23.2.2015, p. 2

(125) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *op. cit.*, pág. 4.

(126) European Commission Concept paper «*Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*», published on the 5 May 2015.

(127) Conclusiones Generales de la Conferencia Internacional «La Unión Europea en la sociedad internacional y su contribución a los sistemas de arreglo de controversias internacionales», organizado por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), celebrado en Santander los días 17 y 18 de marzo de 2016, pág. 6, documento disponible en <http://www.euvalue.es/index.php/activities/21-congreso-internacional-la-union-europea-en-la-sociedad-internacional-y-su-contribucion-a-los-sistemas-de-arreglo-de-controversias-internacionales-2>

(128) COMISIÓN EUROPEA: «Concept Paper Investment in TTIP and beyond: the path for reform», pág. 8, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

opinión pública, se ha generado un estado de opinión favorable a este mecanismo de apelación sobre la base de los argumentos que defienden que esta instancia hace más previsible el sistema, crea las condiciones para configurar una «jurisprudencia» arbitral consistente y definitiva y permite revisar y corregir los errores en los que puedan incurrir los laudos dictados en la materia, lo que, a la postre, redundaría en un refuerzo de la legitimidad del arbitraje (129).

Sin embargo, la buena acogida dispensada a esta segunda instancia no ha sido unánime y no ha escapado a las críticas de quienes consideran innecesaria la creación *ex novo* de una instancia de apelación, dado que el CIADI o la Convención de Nueva York ofrecen mecanismos que cumplirían esta función de revisión. Además, se critica que con este mecanismo se abre la puerta a que las decisiones emitidas en primera y segunda instancia incurran en posibles y potenciales contradicciones, lo que podría dificultar la creación o consolidación de la citada «jurisprudencia» arbitral.

Dentro de las voces críticas no faltan autores que han señalado que los motivos de apelación, aunque tasados, son demasiado amplios, lo que implica el riesgo de que los litigantes recurran de manera sistemática los laudos dictados por el Tribunal de Primera instancia, si bien la propuesta de la Comisión, al objeto de contrarrestar este riesgo, establece la obligación para el apelante de afianzar las costas correspondientes a la segunda instancia, así como cualquier cuantía a la que haya sido condenado en primera instancia (130).

También se han vertido críticas sobre la verdadera naturaleza de esta segunda instancia, denunciando que este mecanismo de apelación no sería, sino de nuevo, una instancia arbitral, puesto que la UE no puede a través de un tratado comercial, modificar la competencia de los jueces ordinarios en los Estados miembros, ni crear procedimientos especiales, ni mucho menos introducir vías de apelación, cuestión que requeriría una revisión de los Tratados (131).

Otro de los beneficios que se le atribuyen a la actual configuración de la Corte permanente recogida en la propuesta de la Comisión es la reducción de los costes derivados del arbitraje de inversión para los litigantes debido al sistema de remuneración de los jueces cuya retribución, como hemos comentado, sería asumida por las partes del Tratado y por la limitación de los plazos máximos para la tramitación y resolución de la controversia. Este abaratamiento de los costes derivados del arbitraje beneficiaría especialmente a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) las cuales, como afirman BEDOYA y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, verían atenuada una de las principales barreras que les impiden beneficiarse de los mecanismos del arbitraje en materia de inversiones, como es su alto coste asociado, además, apuntan estos autores, la propuesta de la Comisión contempla medidas específicas para facilitar la utilización por las PYMES de este mecanismo, como son la posibilidad de recurrir a la mediación antes de instar su reclamación o el establecimiento de límites a la hora de aplicar el principio de *looser pays* (132).

Llegados a este punto de nuestro estudio procede reflexionar sobre la cuestión de fondo subyacente a esta polémica que gira en torno a la discutida necesidad de incluir en el

(129) DÍEZ HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *op. cit.*, pág. 7.

(130) BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 52.

(131) GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, AKAL, Madrid, 2015, pág. 144.

(132) BEDOYA, F., RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J. L.: «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *op. cit.*, pág. 50.

capítulo sobre inversiones del TTIP un mecanismo de resolución de controversias, habida cuenta de la madurez y fiabilidad de los sistemas legales y judiciales europeos que ofrecen un alto grado de protección a las inversiones extranjeras en territorio europeo. De esta reflexión se hizo eco el Pleno del Parlamento Europeo (133) que defendió la idea de no incluir el ISDS en todos los acuerdos que celebrase la UE, sino únicamente en aquellos casos en los que sea «justificable». Esta propuesta ha tenido buena acogida, pues no en vano, como afirma Díez-Hochleitner, «esta solución puede tener sentido tratándose de acuerdos entre la UE y algunos terceros países que ofrecen estándares de protección de las inversiones extranjeras equivalentes a las que proporcionan la Unión y sus Estados miembros» como sucede en el caso de las negociaciones del TTIP con EEUU. No obstante, considera esta autor, que si bien la exclusión del ISDS del TTIP podría estar justificada, lo cierto es que «podría dificultar que otros países con los que negocia la Unión acepten someterse a él» (134).

Sin embargo, debemos ser conscientes de que, a pesar de las feroces críticas que ha recibido el sistema de resolución de controversias previsto en la propuesta de la Comisión (llegando a ser tildado de «ISDS suavizado», «mera operación cosmética» o «ISDS de nueva generación que pretende ganarse a la opinión pública suavizando los aspectos más criticados» (135)) debe ponerse de relieve que la eliminación del ISDS o de cualquier mecanismo de similar naturaleza del TTIP no supone la panacea para la protección de los poderes normativos de la UE y los Estados miembros, pues, merced no sólo a la red de APPRIS firmados por la UE o los Estados miembros existente en la actualidad, sino también a la «puerta trasera» que abre el CETA a las inversiones realizadas de manera indirecta, a la que ya hemos aludido en este trabajo, los inversores extranjeros podrían recurrir a este mecanismo de resolución de controversias de manera indirecta, materializando a tal fin la inversión en el Estado anfitrión a una filial nacional de un tercer Estado con el que el Estado anfitrión haya concluido un APPRI que prevea este método de resolución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión de la inversión, es decir, realizando la inversión de manera indirecta.

Por ello, ante esta incontestable realidad y al objeto de eliminar o minorar los inevitables inconvenientes derivados de un sistema de resolución de controversias –como es el ISDS– del que, dado su alto grado de expansión es casi imposible escapar salvo que el Estado en cuestión proceda a la denuncia de todos los APPRIs firmados y en vigor (136), consideramos que la postura más acertada pasa, no tanto por eliminar este mecanismo, sino por corregir y mejorar su configuración introduciendo previsiones tanto sustantivas (como por ejemplo, una definición de inversor que prive de la condición de demandante a las sociedades pantalla o *mailbox claimants*, o definiciones detalladas que acoten los estándares de Trato Justo y Equitativo, Trato Nacional y expropiación indirecta y, por ende, reduzcan la litigiosidad, la exclusión de las denominadas cláusulas paraguas y

(133) Parlamento Europeo, Reunión del Pleno, sesión de 23 de mayo de 2013 en el procedimiento legislativo 2012/0163(COD) en el que se aprobaba, en primer lectura, las enmiendas a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte COM (2012)0335.

(134) Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *op. cit.*, pág. 3.

(135) GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, *op. cit.*, pág. 144.

(136) Y aún en esta hipótesis, los APPRIs denunciados «sobrevivirían» y podrían seguir siendo invocados por los inversores, gracias al período de remanencia que suele fijarse, tal y como sucede en el caso español, en 20 años.

cláusulas de acceso automático a la protección de los mercados, así como la inclusión de excepciones relativas al interés público), como procedimentales para evitar abusos en su utilización y para asegurar su efectivo funcionamiento (como mayores exigencias de transparencia, conceder una mayor importancia al papel que desempeñan las terceras partes en el proceso o endurecer el código de conducta aplicable a los jueces adscritos a la Corte, entre otros) (137).

Esta parece ser la vía por la que ha optado la Comisión al apostar por el mantenimiento del sistema de arbitraje, tal y como atestiguan el reciente ALC con Singapur, el CETA o la propuesta que sobre el texto del capítulo de inversiones hizo público la Comisión el pasado 12 de noviembre de 2015, si bien la Comisión ha procedido a realizar una revisión del modelo de ISDS, sustituyéndolo por un nuevo sistema en donde los principios democráticos encuentren mayor reflejo y que incluya un mecanismo de apelación.

No obstante, la propuesta de la Comisión de una Corte permanente presenta aún muchas lagunas y elementos difusos y necesita superar importantes retos (138), como asegurar la consistencia entre la normativa internacional de inversiones, de un lado y las normativas nacionales de los distintos Estados miembros y el Derecho de la Unión, de otro lado (139).

Ante esta tesitura, consideramos un acierto la iniciativa de la Comisión de comenzar a trabajar con otros países para crear un Tribunal Internacional de Inversiones permanente mediante un Acuerdo multilateral (140). El objetivo es que, con el tiempo, este Tribunal Internacional de Inversiones de carácter multilateral sustituya a todos los mecanismos de solución de diferencias previstos en los acuerdos de la UE, los acuerdos de los Estados miembros de la UE con terceros países y los acuerdos comerciales y de inversión celebrados entre países no pertenecientes a la UE. Esto incrementaría aún más la eficacia, coherencia y legitimidad del sistema de solución internacional de diferencias en materia de inversión (141). En este contexto se enmarca la previsión contenida en el artículo 12 (142) de esta Sección III, la cual, bajo la rúbrica *Multilateral dispute settlement mechanisms*, prevé que las eventuales disposiciones del TTIP en esta materia de-

(137) BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C. y VALKANOU, T.: *The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, op. cit., pág. 10.

(138) Conclusiones Generales de la Conferencia Internacional «La Unión Europea en la sociedad internacional y su contribución a los sistemas de arreglo de controversias internacionales», organizado por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), celebrado en Santander los días 17 y 18 de marzo de 2016, pág. 6, documento disponible en <http://www.euvalue.es/index.php/activities/21-congreso-internacional-la-union-europea-en-la-sociedad-internacional-y-su-contribucion-a-los-sistemas-de-arreglo-de-controversias-internacionales-2>

(139) KLEINHEISTERKAMP, J y POULSEN, L.: «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», op. cit., pág. 2.

(140) Ya en su Comunicación Una Europa global: competir en el mundo COM (2006)567 final, la Comisión apostaba decididamente por el multilateralismo.

(141) Documento de reflexión de la Comisión Europea «La inversión en la ATCI y más allá: la senda de la reforma. Mejora del derecho a legislar y evolución desde el actual arbitraje *ad hoc* hacia un tribunal de inversiones», publicado el 5 de mayo de 2015, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

(142) Article 12 Multilateral dispute settlement mechanisms

«Upon the entry into force between the Parties of an international agreement providing for a multilateral investment tribunal and/or a multilateral appellate mechanism applicable to disputes under this Agreement, the relevant parts of this section shall cease to apply. The Committee may adopt a decision specifying any necessary transitional arrangements».

jarán de resultar de aplicación cuando tanto EEUU, como la UE sean parte de un acuerdo internacional que regule un sistema multilateral de arbitraje de inversiones, lo que no hace sino confirmar la férrea voluntad de la Comisión de avanzar por esta senda.

En cualquier caso, como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, la propuesta de la Comisión no es definitiva y resta por ver no solo si finalmente se impondrá la visión de la Comisión en las negociaciones que se están llevando a cabo o, por el contrario, acabará primando la de EEUU, sino también si las negociaciones en curso del TTIP entre EEUU y la UE llegan finalmente a cristalizar en la firma del acuerdo, a la vista de la reticente postura que el nuevo presidente electo Trump ha manifestado sobre la conclusión de este (y otros) acuerdos comerciales y de inversiones.

Por el momento, la postura de las autoridades negociadoras de EEUU no es favorable a su adopción, pues se decantan por el sistema convencional de resolución de controversias ISDS, tal y como demuestra la inclusión de este sistema de resolución de controversias en sus modelos de acuerdo bilateral de inversiones (143). A ello se une la postura también reticente de los importantes *lobbies* empresariales que prefieren la formulación inicial del texto del TTIP en este aspecto, apostando por un sistema de resolución de controversias basado en el arbitraje de diferencias Estado-inversor, por lo que la redacción final del texto dependerá de la fase de negociación.

Este debate se produce en un momento de presiones políticas para finalizar la negociación del TTIP a la mayor brevedad, lo que no ayuda a la pausada reflexión que debe acompañar al diseño del nuevo mecanismo de resolución de controversias basado en la instauración de una Corte permanente por la Comisión. En esta tesitura, KLEINHEISTERKAMP y POULSEN consideran que la solución idónea pasa por excluir el capítulo sobre inversiones de las negociaciones del TTIP y permitir una pausa para realizar la debida reflexión, sin embargo, son conscientes de que es bastante probable que los gobiernos europeos no acepten una moratoria en la aplicación del capítulo de inversiones, por ello proponen eliminar el método de resolución de controversias del capítulo sobre inversiones del TTIP a imagen y semejanza de lo acontecido en el AUSFTA (*Australia-United States Free Trade Agreement* (144)), lo que permitiría avanzar en las negociaciones del TTIP y centrar el punto de mira en cuestiones sustantivas de mayor calado (145).

(143) Tanto en el anterior modelo de 2004 (2004 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*), disponible en https://ustr.gov/archive/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html, como en el actual modelo de 2012 (2012 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*), disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

(144) Que entró en vigor el 1 de enero de 2005. Disponible en <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>

(145) Sobre los motivos aducidos por estos autores para defender su propuesta véase KLEINHEISTERKAMP, J y POULSEN, L.: «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», *op. cit.*, pág. 3.

